



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

Perozzi  
Nelle servitù predia  
Romane.



ROMAN  
916.3  
PER  
1893







HARVARD LAW LIBRARY

---

Received Nov 18, 1920







*Omaggio dell'autore <sup>italy</sup>  
Parma 11. 3. 93.*

PERPETUA CAUSA

27

# NELLE SERVITÙ PREDIALI ROMANE

DI

SILVIO PEROZZI



ROMA

ERMANN O LOESCHER & C.<sup>o</sup>

Via del Corso, 807

—  
TORINO

FIRENZE

1893









PERPETUA CAUSA

x NELLE SERVITÙ PREDIALI ROMANE ✓

DI

SILVIO PEROZZI



ROMA

ERMANN0 LOESCHER & C.<sup>o</sup>

Via del Corso, 307

TORINO

— FIRENZE

1893



---

Estratto dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*  
Volume XIV - Fascicolo II-III.

---

NOV 8 1920

Città di Castello, Tip. dello Stab. S. Lapi 1898.

## PERPETUA CAUSA NELLE SERVITÙ PREDIALI ROMANE

---

### § 1.

Lo stato attuale della scienza rispetto al requisito della perpetua causa nelle servitù prediali romane si può descrivere in poche parole: 1) non si dubita che codesto requisito sia esistito in limiti maggiori o minori in qualsiasi epoca del diritto romano; 2) si discute, se vada mantenuto nelle servitù prediali odierne; 3) non si ha affatto un concetto unico e preciso di esso.

Rispetto al primo e secondo punto c'è da far breve discorso. Quanto al primo mi basta dire che, percorrendo i vari scrittori in materia di servitù prediali secondo il diritto romano, la cui opinione ha un serio valore scientifico, non ne trovai alcuno, che dubiti dell'esistenza del nostro requisito nelle varie epoche del diritto romano. V'ha chi ritiene che in antico esso fosse limitato alla servitù d'acquedotto e alle servitù affini e che solo in progresso di tempo lo si sia affermato come regola generale di tutte le servitù;<sup>1</sup> v'ha chi dice che il requisito non fu mai rigorosamente applicato;<sup>2</sup> ma un'opinione come quella del THIBAUT<sup>3</sup> ch'esso nel diritto classico sia caduto non la trovai più manifestata da alcuno scrittore moderno.

Quanto al secondo punto c'è da dir questo solo, che nella giurisprudenza italiana e francese nessuno dubita che la perpetuità della causa non sia più richiesta dal diritto civile dei

<sup>1</sup> SCHRADER, *Civil. Abhandl.*, n. V. pag. 306 seg.

<sup>2</sup> DERNBURG, *Pand.* I § 240.

<sup>3</sup> *System*, 8<sup>a</sup>. ed. § 752 n. b.

rispettivi paesi;<sup>1</sup> nella giurisprudenza tedesca del diritto comune la cosa è ancora controversa.<sup>2</sup>

Fermiamoci sul terzo punto. Chi badasse alla quasi completa assenza di polemiche tra gli scrittori odierni circa il concetto del nostro requisito, alla maniera franca e risoluta con cui ognuno lo espone, dovrebbe credere che se ne abbia nella scienza un'idea uniforme. In realtà a giudicare dalle formule, con cui lo si espone, si deve dire che invece dell'unità abbiamo la maggiore disparità di vedute.

Tutti riferiscono il requisito della perpetua causa al fondo serviente e i più solo a questo. In questa relazione v'ha chi riduce la perpetua causa alla naturalezza della servitù come un requisito avente ragione propria di essere,<sup>3</sup> v'ha chi afferma il requisito della naturalezza solo come condizione necessaria e sufficiente della durata della servitù,<sup>4</sup> v'ha chi non parla che di durata<sup>5</sup> e v'ha invece chi vede compresa nella perpetua causa sia la naturalezza che la durata come due diverse esigenze.<sup>6</sup> Alcuni riferiscono il nostro requisito invece

<sup>1</sup> V. BIANCHI, *Trattato delle servitù legali*, pag. 198 seg.

<sup>2</sup> V. WINDSCHEID, *Pand.*, I § 209 n. 8.

<sup>3</sup> PUCHTA, *Pand.* § 183. "il vantaggio dev'essere reso dal fondo serviente, cioè da una qualità insita in esso (*perpetua causa* della servitù)". La formula, molto vaga, sembra diretta ad escludere che il fondo possa servire coll'intervento dell'attività umana. Almeno questo mi par lecito desumere dalla citazione, che il PUCHTA fa dell'ELVERS; v. la nota *i* al § cit.

<sup>4</sup> DERNBURG, *Pand.*, I. § 240 "la servitù deve avere la garanzia della durata"; quindi "la qualità naturale della cosa servente deve garantire l'utilità della servitù". cf. la nota 2 a pag. 5.

<sup>5</sup> ARNDTS, *Pand.*, § 183 "il fondo servente deve rendere il vantaggio al dominante colle sue durature qualità e non transitoriamente o accidentalmente". Formule presso che identiche usano BARON, *Pand.*, § 163; SCHÖNEMANN, *die Servituten* p. 109. Il BIANCHI, *op. cit.*, p. 196 intende per perpetua causa la "durabilità e permanenza del vantaggio, che è oggetto della servitù", e ciò per le condizioni del fondo serviente; cf. quanto egli dice anche a pag. 195 n. 2.

<sup>6</sup> V. BRINZ, *Pand.*, I § 188, il quale esige semplicemente la durata e la naturalezza della servitù, senza dire che intende per l'una cosa e per l'altra. I due requisiti si trovano invece non solo richiesti ma spiegati dall'ELVERS. Secondo questo scrittore la massima della perpetua causa ha un duplice significato: "1) l'esercizio della servitù non deve dipendere da un'attività più o meno accidentale del proprietario del fondo serviente o di terzi, ma dev'essere reso possibile immediatamente dalla cosa stessa, così come avviene se si tratta del godimento delle qualità sue naturali; 2) le condizioni di fatto non devono essere tali, che si possa prevedere, che anche senza il sopravvenire di circo-



a entrambi i fondi, trovando che l'esigenza della durata<sup>1</sup> o quella della naturalezza<sup>2</sup> della servitù determinano un senso particolare della perpetua causa anche rispetto al fondo dominante. Negli uni e negli altri poi i concetti sia di naturalezza<sup>3</sup> sia

stanze eccezionali si opporranno insuperabili ostacoli all'esercizio della servitù; e specialmente non deve a priori essere prevedibile che, esercitando la servitù, si esaurisca il materiale, di cui in forza della servitù si gode. „ *Die röm. Servitutentehre.* pag. 151 segg. In due requisiti scioglie la perpetua causa anche il KELLER: „la servitù dev'essere una essenziale e duratura qualità del fondo in questione e non deve dipendere dal caso o dall'arbitrio umano che l'esercizio ne sia o no possibile. „ *Pand. I.* § 163. Per altre formule della perpetua causa in relazione al fondo serviente v. le note 1. 2 (e la nota 2 pag. 613) seguenti.

<sup>1</sup> WINDSCHEID, *Pand.*, I. § 209 „può essere contenuto di una servitù prediale solo ciò che non soltanto è utile al fondo dominante, ma è atto a soddisfare un interesse duraturo di esso. Ugualmente dev'essere duratura anche la forza del fondo serviente, mediante la quale il bisogno del fondo dominante può essere soddisfatto. „ Una formula presso che identica usa il SERAFINI *Ist.* pag. 206.

<sup>2</sup> HOFFMANN, *die Lehre von den Serv.*, § 21 „La servitù deve, secondo la sua natura, poter esistere ed essere esercitata durevolmente; la servitù deve avere *causam perpetuam*. Essa deve quindi 1) poter essere esercitata durevolmente e 2) l'esercizio della servitù dev'essere possibile coi mezzi contenuti nella natura della servitù, di cui si tratta. „ In questa formula, la cui seconda parte è in intelligibile, si esige, come appare, la naturalezza per ragione della durata della servitù; ed è l'HOFFMANN stesso (pag. 52) che ci avverte che questo requisito vale pei due fondi, senza che però egli spieghi, come si verifica questa duplice relazione. — Il DERNBURG che, come vedemmo, definisce la *perpetua causa* solo in relazione al fondo serviente, nella nota 12 § 240 *Pand. I.*, dopo citata la l. 28 D. s. p. u. 8. 2. scrive: „i giuristi romani esigono rispetto al fondo dominante che il bisogno di esso non derivi immediatamente da un'attività del suo proprietario. „ Così egli viene ad attribuire alla perpetua causa un senso anche in relazione al fondo dominante, senso che sarebbe correlativo a quello, ch'egli vi attribuisce pel fondo serviente; cioè come il fondo deve servire colle qualità naturali, così il bisogno del fondo dominante dev'essere naturale, non generato cioè immediatamente dall'attività del suo proprietario.

<sup>3</sup> Raccoglio i vari sensi di naturalezza, che si desumono dalle formule sin qui citate e da quelle che citerò in seguito; nella nota successiva raccoglierò dalle stesse formule i vari sensi di durata. Il fondo deve servire colle qualità *naturali* (DERNBURG, PUCHTA, SALKOWSKY). Il fondo deve servire colle qualità *proprie*, così che l'esercizio non dipenda da qualche cosa che non sia compresa nella proprietà del fondo serviente e che sia estranea alla sua natura (BÖCKING). La servitù dev'essere esercitabile coi mezzi naturali alla servitù di cui si tratta (HOFFMANN). La possibilità dell'esercizio non deve dipendere dall'attività *accidentale* del proprietario del fondo serviente (ELVERS). Non deve dipendere dall'attività *continuata* (SCHRADER). Non deve dipendere dall'arbitrio umano (KELLER). In relazione al fondo dominante poi naturalezza significa che il bisogno non deve nascere anzi tutto da un'attività del proprietario dominante (DERNBURG).

di durata <sup>1</sup> sono estremamente vari. Non mancano infine degli scrittori eccentrici che, pur movendo dagli stessi concetti di durata e di naturalezza, formulano il nostro requisito in un modo, che per qualche parte si distacca dal consueto, e le opinioni dei quali stanno quindi a così dire isolate. <sup>2</sup>

Eppure, come ho detto, le polemiche intorno al nostro requisito, malgrado tanta diversità di formule, attualmente mancano. Sembra quasi che ogni scrittore non abbia coscienza del come e del quanto la sua formula si distacca da quella degli altri. Non c'è che un punto rispetto al quale questa coscienza esista ed è quello sulla relazione del nostro requisito

<sup>1</sup> Per durata s'intende; imprevedibilità della fine (ELVERS, *op. cit.* pag. 151) mancanza della certezza di una fine prossima (ELVERS *op. cit.* pag. 170) durezza certa, ma anche non misurata in nessun modo (DERNBURG, WINDSCHEID) quella sola durata che dipende dall'idea di continuità (BÖCKING, HESSE.) Queste varie idee di durata si applicano alle qualità del fondo serviente (opinione comune) al vantaggio della servitù (BIANCHI) e al servizio, che ne forma il contenuto (BÖCKING), al bisogno del fondo dominante (WINDSCHEID), allo scopo del fondo dominante (HESSE). La durezza di queste cose implica la durezza della servitù.

<sup>2</sup> Per lo SCHRADER la causa perpetua significa: 1) in quelle servitù, che di regola concedono un uso continuo, la qualità del fondo serviente dev'essere tale, che l'uso della servitù sia nel singolo caso possibile senza esaurire il fondo; questo adunque, qualora mediante l'esercizio della servitù sia diminuita la provvista del materiale, che contiene, deve ricevere nuovo materiale, che ripari alla diminuzione patita, in maniera sicura e continua (aqua viva). 2) Inoltre in tutte le servitù si esige che possano essere esercitate senza una continuata attività umana (naturalis causa). *Op. cit.* pag. 312. L'eccentricità di questa opinione sta in ciò che la perpetua causa nel primo senso sarebbe un requisito solo di alcune servitù, mentre l'opinione comune è che sia requisito di tutte. Inoltre per queste servitù la perpetua causa non cadrebbe tanto nella durata della servitù quanto nella possibilità di un continuo esercizio; nel senso di esercizio non mai effettivamente interrotto. — Pel BÖCKING, *Pand.*, II § 162 la perpetua causa si riduce, se bene lo intendo, alla esigenza che al servizio, oggetto della servitù, sia applicabile l'idea di continuità. Questo requisito importa che il servizio deva essere reso dal fondo e non da qualche cosa non contenuto nella proprietà di esso ed estraneo alla sua natura e che la servitù deva procurare al fondo dominante un vantaggio duraturo. Quest'opinione del BÖCKING è eccentrica in quanto l'idea di continuità importa bensì anche quella di durata, ma può essere una durata brevissima; mentre l'opinione comune vuole che la servitù abbia durata nel senso che duri a lungo. — Fra le opinioni eccentriche va messa anche quella del SALKOWSKY, il quale distingue una perpetua causa in senso generale e consisterebbe nell'esigenza che la servitù deva soddisfare un duraturo bisogno (perpetua causa) del fondo dominante mediante il serviente. Questa perpetua causa importerebbe: a) la servitù deve immediatamente essere utile al fondo; aumentarne il valore (fundo utilis)

ad un fondo, o ad entrambi<sup>1</sup> e anche su questo non s'insiste troppo. La ragione di ciò è piana. Chi percorra tutte le formule citate troverà che in fondo tutti gli scrittori, persino parzialmente quelli, che ho chiamati eccentrici, girano intorno a due idee: durata e naturalezza della servitù. Le formule sono discordi in quanto di queste due idee ora è posta in rilievo l'una, ora l'altra, o sono entrambe accennate come coordinate anzi che subordinate fra di loro; sono discordi in particolare, quando gli scrittori cercano di concretare questi due concetti di per loro molto vaghi, ma in fondo tutte si accordano come in un fine comune, che è di indicare o di descrivere qualche cosa di duraturo, qualche cosa di naturale, che si deve verificare nelle servitù. Soltanto per questo qualche cosa di duraturo o di naturale l'uno intende una cosa e l'altro un'altra, riuscendo così a dare al nostro requisito i contenuti e le relazioni più varii. È vero che l'attenzione della scienza avrebbe potuto e dovuto portarsi su questa discordia nel determinare quelle due idee; ma ad impedire anche questo concorse il fatto, che tutti gli scrittori nel parlar della perpetua causa e nel formularla hanno in vista gli stessi pochi frammenti e in particolare gli stessi casi menzionati in questi, casi nei quali sembra loro esaurirsi il campo d'applicazione del nostro requisito.<sup>2</sup> Ne è venuto sia poca cura nel determinare bene il concetto di questo, come appare da certe formule estremamente vaghe<sup>3</sup> sia poca cura nell'avvertire la portata della formula,

b) il fondo serviente deve essere in grado di garantire questa utilità mediante una qualità permanente (qualità naturale). Quest'ultimo requisito il SALKOWSKY lo chiama perpetua causa in senso speciale; *Ist.* pag. 245. Una tale distinzione di perpetua causa in generale e speciale non la si trova, a mia saputa, presso altri scrittori, e così presso nessun altro si trova identificato colla perpetua causa il requisito che la servitù sia utile al fondo; ma a più quello si fa derivare da questo v. VANGEROW, *Pand.* I pag. 170. — V. HESSE, *die Rechtsverh. zw. Grundstücksnachbarn*, pag. 287 seg. sembra ridur la perpetua causa a continuità di scopo; formula, che si distacca dalle solite per l'idea di continuità e per l'applicazione fattane allo scopo.

<sup>1</sup> V. ad es. HOFFMANN, *op. cit.*, pag. 52 e n. 104; BÖCKING *Pand.* II § 162. r.

<sup>2</sup> Lo dichiara esplicitamente l'ELVARS *op. cit.* pag. 161. Quando gli scrittori vollero supporre altri casi di servitù privi di perpetua causa, e io non ne trovai citati che pochissimi supposero casi o errati o ridicoli. V. questi esempi a pag. 54 seg.

<sup>3</sup> Ad es. il DERNBURG, il SALKOWSKY, il PUCHTA vogliono che il



che si scriveva, e la sua differenza sostanziale dalle altrui. C'è come in ogni formula un tacito rinvio ai testi; la considerazione di questi deve servire a precisare ciò che le formule hanno di vago, e conciliare ciò che hanno di diverso, perchè in fondo tutti vogliono una stessa cosa: esprimere sotto una forma generale, convertire dirò così in una fattispecie generale le fattispecie particolari delle fonti, pensando però che la fattispecie generale si riduce ad abbracciar solo in sostanza queste fattispecie particolari. Di modo che insomma non è a credere che alla diversità delle formule risponda una reale diversità di idee chiare e lucide contrapposte l'una all'altra. Si deve dire invece che la diversità delle formule esprime piuttosto la mancanza di un'idea lucida qualsiasi del nostro requisito anche nella mente dei singoli scrittori. Essi hanno la stessa fede nella sua esistenza, la stessa coscienza che esprime la necessità di qualche cosa di duraturo e di naturale, che si deve verificare in tutte le servitù, ma quando vengono a determinare che cosa è questo, non arrivano di regola ad una idea positiva, semplice, chiara, ma gettano giù, tenendo innanzi agli occhi i casi delle fonti, la prima formula, che ne sembri una generalizzazione, rinviando alle fonti stesse per la sua interpretazione, le quali restano incaricate di far intendere al lettore il senso della formula e i limiti entro cui vale. La perpetua causa è così negli scrittori come la stessa massa informe di creta, a cui l'uno dà la forma di una cosa l'altro la forma di un'altra del tutto diversa; ma se si cerca che cosa gli artefici han voluto fare, si trova che hanno voluto, avendo l'aria di fare un requisito, fare invece i casi delle fonti.<sup>1</sup>

fondo serva colle qualità naturali, colle qualità insite nel fondo. Quali sono però queste qualità? Quelle preesistenti ad ogni coltura? O anche quelle sviluppate dal lavoro umano? Quelle che la natura sola conserva? O quelle che non si conservano che con nuovo lavoro? Nessuno di cotesti scrittori si esprime in proposito; pel come ciò avvenga v. la nota successiva.

<sup>1</sup> In molte formule si dice ad es. che il fondo deve servire colle qualità durature, non transitorie, non accidentali. Alla formula latissima non corrisponde però nella mente degli scrittori che una sola ipotesi, quella di una servitù d'presa d'acqua da una cisterna o da uno stagno, perchè questi bacini sono alimentati dalla pioggia e la pioggia quegli scrittori la considerano in accidente. Nè è veramente possibile, per quanto ci si discervelli, trovare un'ipotesi pratica di servitù su di un

Questo in complesso è il carattere dello stato attuale della scienza rispetto al concetto di perpetua causa. L'esposizione di questo stato poco lieto di cose non è fatta per persuadere il lettore della necessità di determinare meglio il concetto del nostro requisito. Lo scopo del mio lavoro è un altro: quello cioè di dimostrare che il requisito della perpetua causa *come una regola a sè comune a tutte le servitù prediali* non è mai nel diritto romano esistito in nessun momento storico di questo. Se ho discorso delle varie opinioni degli scrittori e del loro carattere ciò fu e perchè avremo ad occuparci in seguito

fondo che diventi di tanto in tanto dicasi pure accidentalmente atto a rendere il servizio oggetto della servitù, fuori di questa. In altre formule si esclude la servitù, se mediante l'esercizio si esaurisce la provvista del fondo serviente. La formula tanto diversa dalla precedente non vuol essere però che una generalizzazione dello stesso caso di prima. Si trova è vero qualche esempio di applicazione della regola alle servitù d'estrazione di minerali, ma si capisce che è cercato a bello studio per mostrar che si sa distaccarsi dai casi delle fonti, solo in vista dei quali si è affermata la regola. Noi vedremo più innanzi che larga portata avrebbe la formula, che il fondo deve servire colle qualità naturali, se questa formula s'interpreta per quel che significano le parole. Ma questa portata è certo che non la si vuole. La formula mira solo ad escludere le servitù di presa d'acqua da una cisterna o da uno stagno, perchè non pare che l'aver l'acqua sia una qualità naturale della cisterna e dello stagno, in quanto manca del carattere di permanenza. Ecco così tre formule diverse assai, di varia ed estesa portata, ma tutte tre tuttavia non vogliono essere che una descrizione dei medesimi casi. Proseguendo, la formula dell'HOFFMANN dover la servitù essere esercitabile coi mezzi convenienti alla sua natura si riduce ad essere un'esposizione in termini generali della invalidità della servitù di via, se la via è interrotta da un fiume, su cui non si può passare che in barca, che è il caso, di cui parla la l. 38 D. s. p. r. 8. 3. Se non si conoscesse che l'HOFFMANN pensa a questa legge, non si capirebbe neppure che senso univa alle sue parole, le quali non hanno più un senso afferabile, quando si astragga da quest'unico caso. Le formule, che escludono la servitù, se il suo esercizio dipende da una attività (continuata o accidentale) del proprietario serviente, si riducono ad essere esposizione del caso di una servitù diretta a godere dell'acqua, che alcuno introduce o versa nel proprio fondo, che è il caso pratico secondo alcuni descritto nella l. 28 D. s. p. u. 8. 2., e il caso dell'acquedotto da un rivo. Qui pure nè gli scrittori pensano, nè è possibile pensare ad ipotesi diverse. Forse il solo scrittore, che considerò la portata della sua formula, che vide come con essa andava a colpire altre ipotesi di servitù oltre quelle contemplate nelle fonti e che volle seriamente questa estensione è il WINDSCHEID, specialmente per la parte secondo cui il nostro requisito varrebbe anche pel fondo dominante. Astrattamente capace di larga applicazione considerata essa pure dallo scrittore è anche la formula del BÖCKING per la parte, in cui esige la continuità del vantaggio della servitù, ma in pratica non riesce tale; v. il § 3.

di alcuna di queste idee, e perchè il lettore sia predisposto a favore della mia tesi, la quale pone un fine a tanti inutili sforzi. Veramente la scienza non è in colpa per esser giunta a risultati così infelici; se ha un torto è quello di non essersi subito accorta che le nostre fonti non offrono materia per costruire cotesto requisito, e ne offrono invece molta per provare che esso non ha mai avuto esistenza. La scienza fu ingannata da un audace glossatore, che inserì nella legge 28 D. serv. pr. u. 8. 2. la regola: "*omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*", alla cui genuinità si è creduto tanto più facilmente in quanto che la frase "*perpetua causa*", in applicazione ad una servitù affine a quelle menzionate nella l. 28 cit. si trova anche nella l. 1 § 4 D. de fonte 43. 22. Su queste basi la scienza tentò di creare un edificio, senza avvedersi che non c'era modo nè verso di farlo stare in piedi. Io cercherò di dimostrare appunto che la regola citata è una glossa, e che il requisito della *perpetua causa* non ha nessuna ragione d'essere nè nel diritto romano nè nei diritti odierni. Vedremo poi nel corso del lavoro rispetto a quali singole servitù i romani parlavano di *perpetua causa*, e in qual senso; e vedremo anche di qual concetto generale per queste servitù il requisito della *perpetua causa* è un'applicazione.

## § 2.

Trascrivo la l. 28 D. s. p. u. 8. 2, che è la fondamentale per la nostra questione, e che è tolta da Paolo 15 ad Sab., dividendola in varie parti per esaminarla, come faremo, più facilmente.

Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit.

Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur.

Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest.

Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.

La prima parte del testo non è di Paolo, ma di Sabino, come appare dall' "hoc ita verum est", con cui si apre la parte seconda. Di questo modo di congiungere la propria critica alla citazione di un altro autore abbiamo altri esempi in Paolo stesso. Vedasi ad es. la l. 79 D. de r. v. 6. 1 *Labeo libro sexto pithanon a Paulo epitomatorum*. Si hominem a me petieris et is post litem contestatam mortuus sit, fructus quoad is vixerit aestimari oportet. PAULUS *Ita id verum esse puto*, si non prius is homo etc. Del resto di prove di questa asserzione non c'è bisogno, tanto la cosa è evidente. Non giurerei naturalmente che anche le parole di questa parte del testo siano di Sabino; ciò è però molto probabile, visto che Paolo si mette poi a parlare in forma di nota ad una citazione di un altro scrittore.

Il senso di questa sentenza Sabiniana non potrebbe essere più chiaro, sia per quanto riguarda la fattispecie contemplata dallo scrittore, sia per quanto riguarda la decisione giuridica. Dato, dice il giurista, che vi sia un foro aperto in fondo alla parete di una stanza per scaricare per esso l'acqua, con cui si lavò il pavimento, è giurisprudenza stabilita che il diritto ad usar di quel foro a tal fine da parte del proprietario della casa non possa essere oggetto di una servitus fluminis immittendi, nè si possa acquistare col tempo.

Se non esistesse nel testo stesso una proposizione, che sembra un ostacolo a questa interpretazione, nessuno avrebbe mai dubitato della sua bontà, nè si sarebbe tentato di sostituirla con altre assurde, in quanto si suppongono contemplate nel testo ipotesi di fatto diverse, che le parole del testo stesso neppure lontanamente possono esprimere.<sup>1</sup> Siccome quel-

<sup>1</sup> Sono che si contempli il caso di una servitus fluminis non avertendi a beneficio del fondo vicino e a carico del triclinio, o che si tratti di una servitù a beneficio del triclinio, per condurvi l'acqua, con cui lavare il pavimento, a carico del fondo vicino. V. ELVERS *op. cit.*, pag. 155. SCHRADER, *op. cit.*, pag. 306 segg. GLÜCK, *Comm.*, X pag. 19.

l'ostacolo si elimina, come vedremo, facilmente, così mi dispenso dal recare tutte le ragioni, che stanno per l'interpretazione proposta. Noto soltanto a suo favore che essa ha per sè l'autorità dei compilatori; che questi pure infatti non trovino contemplata qui altra fattispecie da quella ch'io dico apparire dall'aver essi fatto seguire la nostra legge immediatamente dall'altra:

l. 29 D. eod. *Pomponius libro trigensimo secundo ad Quintum Mucium*: si quid igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consistit, damnum vicinus sensisset, dicendum est damni infecti stipulationem locum habere.

In questa legge infatti, "vicinus", non può indicare che il proprietario del fondo vicino gravato dalla introduzione in esso dell'acqua scaricata dall'adiacente triclino.<sup>1</sup>

Noto ancora che Sabino non pronunzia un responso, ma riferisce una massima di giurisprudenza stabilita per un caso spesso presentatosi, forse in principio controverso, ma in fine uniformemente deciso. Ciò risulta dal "placuit", e dal trovarsi la nostra sentenza riferita in due opere teoretiche, quali sono i "libri tres iuris civilis", di Sabino e il commento ad essi di Paolo. Ora presentarsi spesso non poteva che il caso che io suppongo. E difatti l'uso di lavare i pavimenti non è solo menzionato in questa legge, ma in un'altra ancora come un uso almeno così frequente come quello di tenere nelle stanze un bagno. L. 19 pr. D. s. p. u. 8. 2. Proculus ait... non posse prohibere vicinum quo minus balineum habeat secundum parietem communem... *non magis quam si vel in triclino suo vel in cubiculo aquam effunderet*.

Prima di lasciar questa parte del testo avverto che probabilmente la sentenza di Sabino non è originale. Abbiamo visto che Pomponio nella l. 29 contempla lo stesso caso della l. 28. di Paolo. Come si verifichi questa coincidenza è facile spiegare. Sia Pomponio che Paolo commentano due antichi libri di diritto, il libro di Q. Mucio l'uno, di Sabino l'altro. Appare già da altri fatti verisimile che Sabino abbia attinto

<sup>1</sup> Il modo con cui l'ELVERS, *op. cit.*, pag. 157 seg. tenta di vincere l'argomento, che si trae da questo fatto in favore dell'interpretazione suesposta, non merita di essere considerato.

per i suoi libri *tres iuris civilis* dall'*ius civile* di Q. Mucio. Il più probabile per non dir certo è adunque questo: Q. Mucio in relazione al caso già al suo tempo frequente di fori aperti nelle pareti per lavare i pavimenti, affermò la massima che il diritto di scaricare per quei fori l'acqua, con cui si lavò il pavimento, non può essere oggetto di una *servitus fluminis*, nè può essere *usucapito*. Sabino la ripeté, sostituendo alla menzione dell'*usucapione* quella dell'*acquisto per longum tempus*<sup>1</sup> e i due commentatori posteriori Pomponio e Paolo si trovarono a ripetere la stessa massima per lo stesso caso, perchè ancora importante.

Colla seconda parte del nostro testo comincia la nota critica di Paolo. Questi trova l'asserzione di Sabino troppo assoluta e procede ad una distinzione. La sentenza di Sabino sta, egli dice, se nel triclinio non cade acqua dal cielo, non sta nel caso contrario. La distinzione è evidentemente superflua, perchè Sabino non descriveva colle sue parole che l'ipotesi di acqua versata apposta nel triclinio per lavarlo e non comprendeva affatto l'ipotesi diversa di acqua cadente dal cielo. Ma questo importa poco. Importante è invece interpretare rettamente le ragioni addotte da Paolo per la sua decisione. Queste sono: se l'acqua non cade dal cielo, la sentenza sta "*neque enim perpetuam causam habet quod manu fit*"; nel caso contrario la sentenza non sta più, perchè "*quod ex caelo cadit etsi non adsidue fit ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur*". Sono queste le parole, da cui la scienza dedusse i due concetti comuni di *perpetua causa* come "*naturalezza*" e "*durata*", delle servitù.

Nessuna deduzione è però più infondata di questa. Noto anzitutto che Paolo non dice affatto che *le servitù* abbiano o no *causa perpetua*. Egli dice che non ha *causa perpetua* "*quod*

<sup>1</sup> Questa non è naturalmente che una congettura fondata sul fatto che onde Sabino, copiando da Q. Mucio, parlasse di acquisto *tempore*, conveniva che anche in Q. Mucio si accennasse ad acquisto col tempo; ma Q. Mucio non poteva menzionare che l'*usucapione* delle servitù e non l'*acquisto per longum tempus* introdotto tanto più tardi. Accettata questa congettura, avremmo due termini, tra cui cadrebbe la *lex Scribonia* cioè l'epoca di Q. Mucio e quella di Sabino, più naturalmente verso la prima che verso la seconda.



manu fit „ e che ha invece e perchè ha una tal causa “quod ex caelo cadit „. Che significa ora “quod manu fit „? Sembrerebbe: tutte le opere umane, l'attività umana. E così intesero gl'interpreti, i quali videro espressa nel testo un'antitesi tra le opere umane e i fatti o le condizioni naturali.<sup>1</sup> Ma se Paolo voleva esprimere un'antitesi simile, egli avrebbe scritto che non ha causa perpetua “quod manu fit „ e che la ha invece “quod ex naturali causa fit „. Egli invece non scrive così. L'antitesi al primo *quod* cioè a “quod manu fit „ è l'altro *quod*: “quod ex caelo cadit „. Questo secondo “quod „ indica l'acqua nominata prima (si nihil ex caelo aquae veniat) indica cioè l'acqua piovana, che i romani chiamavano “*aqua caelestis* „.<sup>2</sup> E quindi dobbiamo dire che anche il primo *quod* cioè “quod manu fit „ non indica tutto ciò che si fa a mano, ma l'acqua sola versata a mano nel triclinio. Così l'antitesi è esatta: essa corre tra due acque, e non tra i fatti umani da una parte e l'acqua piovana dall'altra, il che sarebbe assurdo. La sentenza di Paolo è adunque chiaramente limitata alle acque, che nella sua distinzione vengono in considerazione; l'acqua, egli dice, versata a mano nel triclinio (quod manu fit) appunto, si sottintende, perchè “manu fit „ non ha perpetua causa. L'acqua invece che cade dal cielo ha perpetua causa.

Resta a vedere che intende Paolo quando afferma o nega che l'acqua abbia “perpetuam causam „. Le sue parole non potrebbero essere più chiare. L'acqua piovana ha perpetua causa; perchè “etsi non adsidue fit „ che cada acqua dal cielo, pure “ex naturali causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur „. Si desume da questo che a rigore non ha “perpetua causa „ che un'acqua, che si produce, sorge, zampilla continuamente (adsidue) nel senso di ininterrottamente. Tanto è vero che Paolo trova una difficoltà nella mancanza di continuità (etsi non adsidue fit) della pioggia ad ammettere in questo caso la perpetua causa. Però, egli prosegue, quantunque la continuità assoluta dell'acqua manchi, pure siccome piove per

<sup>1</sup> V. SCHRADER, *op. cit.*, pag. 308 e cf. DEENBURG *Pand.*, I § 240 n. 12.

<sup>2</sup> Cf. l. 1 pr. D. de aq. et aq. pl. 39. 3 aquam pluviam dicimus, quae de caelo cadit atque imbre excrecit sive per se haec aqua caelestis noceat, etc.



forza naturale, si ha quella continuità, che consiste nel periodico necessario ritorno della pioggia, e quindi si può dire che la perpetua causa dell'acqua esista; mentre non si può dir ciò in nessun modo dell'acqua versata a mano e quindi questa manca di perpetua causa.

Così ci sembra di aver reso al testo il suo senso esatto, quale risulta da una traduzione letterale. Noi vedremo più innanzi quanti altri fatti concorrono a dimostrare che proprio qui Paolo non parla di "perpetua causa", che come della qualità di essere continue, che hanno certe acque e che non hanno altre. Per ora limitiamoci pure alle deduzioni, che consente il testo.

Riassumendo il sin qui detto, abbiamo che sinora Paolo parla esclusivamente della servitù di "flumen", per dire che non può essere costituita a favore di un fondo, per liberarlo dall'acqua, che se quest'acqua, che cade nel fondo dominante, ha perpetua causa. Che cosa sarebbe ora da attendersi a questo punto? Che il giurista passasse subito a parlar dello stillicidio. "Flumen e stillicidium", sono infatti due servitù gemelle, di cui nelle nostre fonti si parla sempre congiuntamente. Sarebbe adunque da attendersi che a questo punto incontrassimo subito l'ultima parte del testo: "stillicidii quoque immitte[n]di naturalis et perpetua causa esse debet". Invece no; a questo punto incontriamo un inciso; è la nostra massima: *omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aqueductus potest*. Ma è quest'inciso di Paolo? Io credo che ci vuol poco a vedere che non è di lui, e non è neppure dei compilatori, ma che esso non è, come dissi, che opera di qualche glossatore.

Il lettore non ha, per persuadersene, che ad omettere l'inciso e a leggere tutto il testo senza di esso. Io credo che allora la glossa anche senza gli argomenti, che dirò or ora, gli si presenterà innanzi come, starei per dire, una "*res quae tangi potest*". Egli vedrà in particolare come la frase "stillicidii quoque immitte[n]di naturalis et perpetua causa esse debet", ha il suo immediato addentellato nell'altra "*at quod ex caelo cadit etsi non adsidue fit ex naturali tamen causa*

fit et ideo perpetuo fieri existimatur „. Mettiamo di mezzo l'inciso e le due frasi restano violentemente staccate l'una dall'altra.

A parte questo, vi sono argomenti decisivi, che presenta il testo stesso in prova della glossa. E anzi tutto, se noi lasciamo l'inciso, il modo di scrivere di Paolo diventa illogico. Infatti una volta ch'egli ci avesse detto che “omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent „ per quale motivo dovea egli poi dire, che deve aver causa perpetua anche lo stillicidio? Lo stillicidio non è compreso nelle “omnes servitutes „? Non basta: una volta ch'egli ci avesse detto, ripeto, che tutte le servitù devono avere causa perpetua, come potea egli scrivere “stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet „? Il “quoque „ è assurdo dopo codesta massima generale, perchè esso dopo una tal frase significherebbe che lo stillicidio non è una servitù. Non è più assurdo, se ammettiamo che una tal massima Paolo non la scrisse. Egli avea parlato prima del “flumen „, dicendo che questo deve aver causa naturale e perpetua; egli seguiva poi subito dicendo; *anche* lo stillicidio (cioè al pari del flumen) deve aver causa perpetua. E Paolo così scriveva bene. Il glossatore introdusse la massima e non cancellò il “quoque „, lasciandoci così il segno evidente che egli spezzò colla sua massima la catena del discorso di Paolo, nel quale il “quoque „ era l'anello, con cui la sentenza sullo stillicidio si univa immediatamente alla sentenza sul flumen.

Ancora però questa è la prova minore. Più importante è il fatto che Paolo sia pel flumen che per lo stillicidio indica con perpetua causa una condizione di cose, che si verifica nel fondo dominante. Può o non può esistere la servitù, secondo che l'acqua, che si raccoglie nel fondo dominante, e che si vuole immettere nel servente ha o no perpetua causa. Nella nostra massima abbiamo ora un completo sovvertimento d'idee. Infatti ci si dà come una conseguenza di essa il principio che non si può dedurre l'acquedotto da uno stagno o da un lago. Ora un tale esempio ci conduce necessariamente a ritenere che la perpetuità della causa in questa massima generale si riferisca al fondo servente, che essa esprima una certa condi-

zione di cose, in cui questo deve trovarsi. La contraddizione è palese. Da essa son nate quelle strane, inescusabili interpretazioni della prima parte del nostro testo tanto chiara, dirette al fine di tor di mezzo la contraddizione, supponendo che anche in questa prima parte si consideri un caso, in cui la perpetua causa esiste nel fondo servente.<sup>1</sup> Altri ha creduto di sopprimere la contraddizione sostenendo che la perpetua causa può riferirsi a entrambi i fondi.<sup>2</sup> Ma sono rimedi inutili. È troppo chiaro che Paolo nella parte genuina del testo trova la perpetua causa in una condizione del fondo dominante; ed è troppo chiaro anche che l'esempio dell'acquedotto ci obbliga per forza ad intendere la nostra massima nel senso che la perpetua causa come regola di tutte le servitù non debba e non possa consistere che in una condizione del fondo servente. Questa contraddizione adunque non si cancella. Meglio si è confessarla, ma riconoscere anche che appunto perchè la massima è in contraddizione aperta col resto del testo, quella massima non è di Paolo.

Non può esser sua per un altro motivo. Nel nostro inciso si dice che non si può derivar un acquedotto "ex lacu". Se "lacus", significasse ora qui, come significa talora, "castellum", la sentenza sarebbe esatta. Ma uno scrittore latino non usa "lacus", in codesto senso che quando da tutto il contesto del discorso può risultare chiaramente ch'egli non parla che di un "castellum", o di altro recipiente simile.<sup>3</sup> Qui questo contesto manca. Escluso codesto significato, "lacus", non può nel nostro passo aver al più altro significato che quello più esteso che esso ha nella lingua latina cioè di ricettacolo d'acqua sia viva che non viva. Ma ecco che la sentenza allora è errata, perchè non distingue tra i laghi alimentati da acque vive, da cui l'acquedotto si può derivare, e i laghi non alimentati da acque vive, da cui non si può. E ancora io concedo più che non posso ammettendo che "lacus", nel nostro

<sup>1</sup> V. ELVERS, *op. cit.*, pag. 154. Cf. SCHRADER, *op. cit.*, pag. 312 seg. e v. la nota 1 a pag. 11.

<sup>2</sup> Ciò a partir da DONELLO Comm. II cap. 3. Cf. HOFFMANN, *op. cit.*, pag. 52 seg. WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 209, DERNBURG, *Pand.*, I, § 240 n. 12.

<sup>3</sup> V. ad es. l. 3 § 3 D. de riv. 43, 21.

testo possa avere codesto senso generale. Infatti sia nella lingua non giuridica, per la quale rinvio al De Vit, sia nella lingua giuridica "lacus", ha normalmente il senso di lago alimentato da acque vive, da cui dunque si può derivare acqua per una servitù. Il pretore scrive: "uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris vim fieri veto. de lacu puteo piscina item interdicam", (l. 1. pr. D. de fonte 43, 22) L'interdetto ora non vale "si lacus piscina puteus vivam aquam non habeat", (l. 1 § 4 D. eod.); ciò vuol dire che nella formula del pretore "lacus", da solo basta a significare un lago con acqua viva e non indica che questo. Se Paolo nella l. 23 § 1. D. s. p. r. 8. 3. crede di dover dire "lacus perpetuus", per indicare un lago provvisto d'acqua viva, ciò non può voler quindi dire che "lacus", da solo indichi per lui il contrario; "perpetuus", non vi sta che come pleonasma, nella stessa maniera che Paolo stesso nella l. 17 § 4. D. aq. pluv 39. 3. scrive: "si ex flumine pubblico perenni etc.", mentre tutti sanno che i fiumi pubblici son tutti perenni. In particolare poi "lacus", non può avere un senso diverso quand'è ricordato, com'è nel nostro caso assieme a "stagnum", perchè allora non può significar altro che un "lacus", che non sia "stagnum", cioè adunque un lago alimentato da acque vive; esso così in questa combinazione sempre di necessità significa proprio il contrario di quel che dovrebbe significare nella nostra legge, perchè essa non contenga un errore di diritto anche più grande di quello che consiste nell'ommettere la distinzione veduta. Cito in prova di questo senso di "lacus", accoppiato a "stagnum", l. 1 §§ 3. 4. D. ut in flum. pub. 43. 14 di Ulpiano: lacus est quod perpetuam habet aquam § stagnum est quod temporalem contineat aquam ibidem stagnantem, quae quidem aqua plerumque hieme cogitur.<sup>1</sup> Si noti che in questa legge Ulpiano riferisce il

<sup>1</sup> Nello stesso senso sta certo "lacus", in l. 12 D. a. r. d. 41. 1., ove si parla di laghi chiusi nutriti da acque perenni e anche dalle piogge, a differenza degli stagni, che non sono alimentati che da queste. Anche in l. 112 D. V. S. 50, 16 "lacus", appare evidentemente usato anzitutto come lago non solo provvisto d'acqua perenne, ma anche pubblico. Vedasi pure l. 1 § 8 D. aq. cott. 43, 20: si ex flumine vel ex lacu etc., dove evidentemente si parla, per quanto precede, di fiume e lago perenni.

senso, che hanno le due parole nella lingua ufficiale del pretore. Si noti poi che lo stesso senso esse hanno nella lingua ufficiale non solo del pretore ma delle leggi. Cito la *lex ursonensis* c. 79: qui fluvii rivi fontes lacus aquae stagna paludes sunt in agro, qui colonis huiusce coloniae divisus erit, ad eos rivos fontes lacus aquasque stagna paludes itus actus aquae haustus iis item esto ecc. A me par chiaro che qui da un lato stanno i fluvii rivi fontes lacus aquae, dall'altro gli stagna paludes; quelli come tipi d'acqua viva, questi d'acqua stagnante. Questa sentenza adunque che "neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest," contiene un errore, che non si può attribuire a Paolo e che non si cancella se non supponendo che Paolo desse a "lacus," un senso che la parola usata da sola e tanto meno usata assieme a "stagnum," nella lingua latina non può avere.

Un'ultima osservazione. Chi legga questa parte del nostro testo deve trovare con me che la menzione dell'acquedotto ha proprio il carattere di una reminiscenza. Come esempio della regola essa è insieme qualche cosa di inutile e di scarso. È inutile, perchè precede l'esempio del flumen per un'acqua versata a mano. È scarso, perchè per una regola tanto ampia, volendo fare un'esemplificazione, un esempio non basta. Nei nostri giuristi o precedono gli esempi e il discorso si chiude colla regola (v. ad es. Paolo stesso nella l. 20 § 5 D. s. p. u. 8. 2) o, detta una regola comune a tutte le servitù, l'esemplificazione successiva è abbondante (v. ad es. l. 4 § 1, l. 5 § 1, l. 11, l. 15 pr. D. de serv. 8. 1. — l. 6, l. 20 pr. D. s. p. u. 8. 2. — l. 20 § 1. D. s. p. r. 8. 3.). Qui non si verifica nè l'una cosa, nè l'altra. La spiegazione è semplice. Il glossatore conosce la regola sull'acquedotto, perchè la ha trovata, come vedremo, nelle nostre fonti, ma non ne conosce neanche altre, che dipendano dalla perpetua causa, perchè infatti nelle nostre fonti altre non se ne trovano richiamate esplicitamente a codesto principio. Egli inserisce così senza necessità la menzione dell'acquedotto e, menzionato questo, si ferma, perchè non può andare avanti.

Non resta più che vedere l'origine della nostra glossa. La regola "omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere

debent,, non è che un'iperbolica generalizzazione fatta in base a quanto dice Paolo sul flumen e lo stillicidium nella nostra l. 23 e a quanto dice Ulpiano nella l. 1 § 4. D. de fonte 43. 22: "hoc interdictum de cisterna non competit: nam cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam,, che sono le due uniche leggi, ove si parla di perpetua causa in relazione alle servitù prediali. E la generalizzazione è fatta non per altro fine che per unire alla sentenza di Paolo sul flumen la reminiscenza della regola, che si desume dalla l. 1 § 4 cit., cioè che un haustus e quindi tanto più un acquedotto (dall'uno all'altro il passaggio era facile) non si può derivare da una cisterna. Questa regola per verità ci si presenta nella glossa alterata. Non si parla di cisterna, ma si parla di "lacus,,; per di più si parla anche di "stagnum,, mentre la l. 1 § 4 di stagno non parla. Quanto allo "stagnum,, il fatto si spiega facilmente. Abbiamo visto che nella l. 1 §§ 3. 4. D. ut in flum. publ. 43. 14 si dice del "lacus,, che ha "aquam perpetuam,,; dello stagno che ha "aquam temporalem,, cioè manca di "aqua perpetua,, come ne manca la cisterna. Aggiungere la menzione dello stagno a quella della cisterna era quindi facile. Il lettore però può dire che di cisterna non si parla nella nostra glossa, ma solo di "lacus,,. A ciò rispondo che "lacus,, come vedemmo, nessuno potea qui scriverlo, senza dire un errore di diritto; non potea scriverlo non solo un giurista romano ma nessuno che conoscesse anche poco il diritto romano. È legittimo quindi ritenere che neanche il nostro glossatore questa parola la scrisse. Come la troviamo tuttavia? Semplicemente così. Il glossatore non scrisse "lacus,, ma bensì *λάκω*; e *λάκος* o *λάκκος* nella lingua greca significa "cisterna,,. Così solo lo sproposito giuridico sparisce, ma così anche resta pienamente confermata la nostra tesi di una glossa. Nel "lacus,, abbiamo la prova che le parole in discorso non ci vengono da Paolo ma da un annotatore greco, la cui glossa scritta tutta o parzialmente in greco nessun sa quando o come ridotta tutta latina fu inserita nella nostra legge.

Questa non è una semplice supposizione più o meno felice. La nostra massima col *λάκκος* ci è conservata in un libro pre-



zioso per questo genere di ricerche. Parlo dell'Epitome legum, ove si legge:

Οὕτε ἀπὸ λίμνης οὕτε ἀπὸ λάκκου παταχωρεῖται δουλεία διὰ τὸν κανόνα τὸν λέγοντι. πάντα δουλείας τῶν κτήσεων διγνεαίς καὶ αἰτίαις τὰς αἰτίας ἢ τὰς ἀρχάς εἶναι ὀρεῖσθαι, ὡς εἴρηται.<sup>1</sup>

È la nostra massima come tradotta letteralmente, a parte l'inciso ἢ τὰς ἀρχάς; e in questa traduzione appunto non si parla di stagno e lago ma bensì di stagno (λίμνη) e di cisterna (λάκκος). Notevole è poi, poichè siamo a discorrere di questo testo, che la massima ci è presentata come un proverbio giuridico in corso, anzi che come un precetto legislativo di Giustiniano; ὡς εἴρηται dice infatti l'autore dell'epitome. È vero che in un altro testo dell'epitome, dove si reca prima la sentenza di Sabino sul flumen e la distinzione successiva di Paolo il λάκκος non compare più; ma qui tutta la massima è sciupata così: πάντα δὲ τῶν ἀκινήτων διγνεκῇ δουλείαν θέλουσιν εἶναι, εἴτε ἀπὸ λίμνης ἢ ὑδροχωγίου ἢ ὑδροστατίου.<sup>2</sup>

Siamo alla fine della nostra interpretazione. Sulle ultime parole del testo di Paolo abbiamo infatti già discusso. A proposito di esse non ho da aggiunger altro se non che la "perpetua causa", che prima nella parte genuina del testo è indicata come una qualità dell'acqua, deve conservare di necessità per ragione d'analogia lo stesso significato anche qui. Non dice cioè neppur qui Paolo che la servitù di stillicidio deve avere perpetua causa. Dice che deve essere naturale e perpetua la causa dello stillicidio da immettere. Cioè deve essere naturale e continuo lo stillicidio (l'acqua e non la servitù) che si vuole immettere. "Stillicidium", del resto è usato spesso nelle nostre fonti ad indicare l'acqua. V. ad es. l. 20 § 2 segg. D. s. p. u. 8. 2: "stillicidium cadit", "stillicidium cassitare coepisset", "stillicidium altius tolli potest", "retro duci potest"; anzi questo è il suo senso naturale e primo. Di notevole e di nuovo c'è solo in questa parte del testo una cosa ed è che oltre al carattere continuo dell'acqua, Paolo esige il carattere naturale. Come avvenga questo, vedremo in altra parte del nostro lavoro.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Tit. XXXIX, 61.

<sup>2</sup> Tit. XXXIX, 66.

<sup>3</sup> V. il § 5.

Volgiamoci ora all'esame, che sarà molto breve, dell'altra sola legge, già citata in parte, ove si parla esplicitamente, come dissi, di perpetua causa in relazione alle servitù prediali.

l. 1 § 4. D. de fonte 43. 22. *Ulpianus libro septuagensimo ad edictum.* Hoc interdictum de cisterna non competit: nam cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam. ex quo apparet in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit: cisternae autem imbris concipiuntur. denique constat interdictum cessare, si lacus piscina puteus vivam aquam non habeat.

Il testo non reca traccia di alterazioni; esso si presenta in tutto per genuino. Possiamo quindi calcolare su di esso. Ora da esso non appare un concetto diverso di "perpetua causa", da quello che appare dal testo di Paolo. Anche qui anzitutto non è la servitù, che ha o non ha perpetua causa; è invece la cisterna. Della cisterna dice Ulpiano che "non habet perpetuam causam nec vivam aquam". Una traduzione letterale di queste parole darebbe per risultato che la cisterna manca di due qualità: di "causa perpetua", e per di più di acqua viva. Ma quando consideriamo che il giurista esclude poi nel testo e come regola generale (in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit) e in relazione a singoli bacini d'acqua (lacus, piscina, puteus) l'interdetto per la sola mancanza di una qualità: l'acqua viva; quando consideriamo che alle cisterne egli trova questo solo difetto che "imbris concipiuntur", dobbiamo dire, che veramente egli nega colle parole citate alla cisterna una sola qualità, cioè il carattere d'acqua viva, e che la frase "nec vivam aquam", non è che una spiegazione, una più chiara espressione dello stesso concetto reso prima colla frase "perpetuam causam".<sup>1</sup> Di modo che il pensiero dello scrittore è questo solo: la cisterna, non il recipiente, o il manufatto, ma la cisterna considerata come bacino d'acqua, come il lago, la piscina, il pozzo, non ha "perpetuam

<sup>1</sup> Non si tratta di una parificazione dei due concetti, di una equivalenza, come sostiene lo SCHRADER, *op. cit.*, p. 307, derivata da ciò che originariamente la perpetua causa resta limitata alle servitù di estrazione d'acque, onde quella non può mancare che se manca l'acqua viva; si tratta proprio di una identità; l'una frase ha lo stesso senso fisico dell'altra.

causam „ cioè non è un bacino alimentato da acque vive. Ecco il senso della sua frase. Così ancora, come nel testo di Paolo, la frase “perpetua causa „ si riferisce ad un bacino di acqua, ad un’acqua. Acqua viva ora è un’acqua che si raccoglie ininterrottamente in un luogo, per un getto continuo. Qui abbiamo adunque espressa ed applicata l’idea più rigida di “perpetua causa „ in relazione alle acque, che abbiamo visto conoscere anche Paolo. E Ulpiano per di più mantiene l’idea in questi confini. Egli nega infatti che si possa riconoscere una “perpetua causa „ all’acqua piovana; tanto è vero che il vizio delle cisterne egli lo trova in ciò che “imbribus concipiuntur „. Faremo a suo luogo giudizio sull’estensione data a questo concetto di “perpetua causa „ da Paolo. Qui affrettiamoci a notare che in questa legge l’acqua, che ha o non ha perpetua causa, è considerata nel fondo servente anzi che nel dominante, com’era in Paolo; qui infatti è considerata l’acqua che si deduce, anzi che quella, che si immette. Donde la conclusione prossima che per i nostri giuristi la “perpetua causa „ non si riferisce necessariamente nè al fondo dominante, nè al serviente. Essa, ripeto, esprime solo una qualità dell’acqua, e non viene in considerazione rispetto all’uno o all’altro fondo che secondo che l’acqua si trovi nell’uno o nell’altro, secondo che cioè si tratta di scaricarla o di condurla.

Questo senso, che io sostengo aver “perpetua causa „ in queste leggi rispetto alle acque, il senso cioè, possiamo ora mai dir brevemente, di acqua viva, potrà parere strano solo a chi traduca “perpetuus „ nel senso moderno di “perpetuo, eterno „ cioè di qualche cosa che non ha mai fine, e “causa „ nel senso di “causa, ragione, motivo „. Pur troppo fu questa traduzione, che generò l’idea prima e più diffusa della perpetua causa, come perpetuità (temperata poi in durata) delle servitù; e che permise a certi scrittori di credere indicato nella nostra frase il bisogno duraturo o naturale del fondo dominante, perchè questo bisogno è la causa, la ragione delle servitù.<sup>1</sup> L’una e l’altra traduzione è però sbagliata. “Causa „

<sup>1</sup> SALKOWSKY, *Ist.*, pag. 245. Questa interpretazione di “causa „ nel senso di causa di un effetto si trova anche negli antichi. V. HEINECIO, *De caussa servitutum perpetua*, § 24.

intanto non può tradursi a quel modo. Non avrebbe senso il dire: l'acqua versata a mano non ha causa, ragione motivo perpetui; ha una tal causa l'acqua, che cade dal cielo; l'acqua di cisterna non ha codesta causa. La stessa frase "habere causam", non può latinamente indicare che una cosa ha una causa; è l'effetto di una causa. "Causa", invece va tradotto qui come in tante altre applicazioni per "carattere, natura". E aggiungo subito "perpetuus", va tradotto per "continuo". Gli scrittori, che hanno tradotto questa parola diversamente nel modo veduto, sono stati indotti certo a ciò dal senso di "perpetuo", che ha questa parola nella frase "perpetua causa", in altri due testi estranei alla teoria delle servitù. Questi testi, tutti di Paolo, sono: l. 1 D. de iur. dot. 23. 3. dotis causa perpetua est, et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit. — l. 35 § 1. D. verb. obl. 35. 1. item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio, veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur: quamquam etiamsi non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit, quia statim contra mores sit. Qui veramente dal contesto si capisce che "perpetua causa", significa un "carattere perpetuo". Ma il senso di "perpetuo", del termine "perpetuus", non è che secondario. Il suo senso primitivo è proprio quello di "continuo, non interrotto". Scrive il De Vit: "*Perpetuus proprie est continuus, continuatus, continens, solidus, integer non interruptus; continuo, continuato, intero, non interrotto*". Quando ora noi ricordiamo l'"etsi non adsidue fit", di Paolo, quando vediamo che la frase "perpetua causa", non si applica nei due testi che ad acque e che dire: un'acqua ha "perpetua causa", secondo Ulpiano vale dire che l'acqua è viva, dobbiamo dire che questa frase va tradotta in un solo modo cioè per "carattere continuo". L'acqua versata a mano non ha carattere continuo, non è continua; l'acqua, che cade dal cielo, si può dir continua; l'acqua di cisterna non è continua. Questa traduzione è così lessicamente fondata, e si coordina col senso dei testi, colla verità dei fatti in modo da apparire, se non m'inganno, indiscutibile, e da tornare a sua volta a conferma dell'idea che "perpetua causa", non

esprime in nessuno dei testi una qualità della servitù, ma ripeto, dell'acqua, e cioè la qualità di esser viva.

Soprattutto questa traduzione si coordina alla terminologia romana in materia d'acque. Per esprimere infatti questo carattere dell'acqua cioè la sua continuità di produzione il termine "perpetuus" è tecnico. L'aggettivo "perpetuus" unito ad acqua, o al nome di un bacino d'acqua non ha mai un senso diverso. Ricordo in prova la definizione veduta di "lacus" di Ulpiano: "lacus est quod perpetuam habet aquam" (l. 1 § 1. D. ut in flum. publ. 43, 14). Vuol dire forse Ulpiano dicendo questo che il "lacus" ha sempre acqua? E ciò in antitesi allo stagno, che "temporalem habet aquam", cioè che ha acqua solo di tanto in tanto? No. Nè "perpetuus" nè "temporalis" possono aver questo senso. Acqua negli stagni ce n'è sempre come ce n'è sempre nei laghi. Tanto è vero che si estingue l'usufrutto su di un luogo ridotto a stagno, mentre non si estingue per un'inondazione (l. 10 § 1. D. quem. usuf. 7, 4.). Ora la decisione non può evidentemente dipendere che dall'idea che lo stagno è un luogo sempre, almeno di regola (e così solo di regola v'ha acqua nei fiumi e laghi) coperto dall'acqua. Quei due termini esprimono in realtà una ben altra antitesi, che ci è spiegata da Ulpiano stesso. Essa cade per lui non nella durata dell'acqua, ma nel modo di raccoglimento. L'acqua dello stagno "plerumque hieme cogitur", egli dice. "Temporalis" indica adunque un'acqua, che si forma e si conserva per un'alimentazione, che riceve solo di tempo in tempo. "Perpetua" è invece l'acqua del lago perchè è alimentata continuamente dalle fonti oppure dai fiumi. L'antitesi, come si vede, è sempre la stessa che abbiamo vista nella l. 1 § 4 cit., cioè, ripeto, cade non nella durata, ma nel modo di raccoglimento dell'acqua. Le cisterne infatti dice qui Ulpiano "imbribus concipiuntur" e perciò non hanno perpetua causa. Della durata dell'acqua delle cisterne egli non dice parola.

"Perpetuus" detto ancora di un "lacus" si trova in l. 23 § 1. D. s. p. r. 8. 3. di Paolo, una legge di cui dovremo occuparci. Paolo non spiega il senso della parola, ma non può essere evidentemente che quello stesso che ha nella definizione

di Ulpiano. Ovidio (remed. am. 621) scrive: *flumine perpetuo torrens solet acrius ire; sed tamen haec brevis est; illa perennis aqua*. Anche qui "perpetuus", ha lo stesso senso che abbiamo visto presso Ulpiano nella definizione di "lacus", in antitesi a stagno. E di fatti Festo caratterizza anch'egli il torrente dal modo con cui si raccoglie l'acqua: *v. torrens: torrens significat fluvium subitis imbris concitatum, qui alioquin siccitatibus exarescit*.

Un'importanza particolare per tutto il discorso fatto sin qui sul senso di "perpetuus", detto d'acque e specialmente sul senso di "adsidue", e "perpetua causa", nella l. 28 di Paolo ha l. 1 § 3. aq. cott. 43. 20 di Ulpiano. L'acqua quotidiana è caratterizzata dalla possibilità di un uso, che rispetto all'acqua estiva, si può dire continuo. L'una non si può condurre che in una stagione; l'altra si può condurre sempre cioè in ogni epoca dell'anno. Come esprime ora il giurista questa continuità? Cogli stessi termini usati da Paolo: "cottidiana ea est quae duci *adsidue* solet.... nam si sit ea aqua quae *perpetuo* duci possit". Dove così compare l'idea di acqua continua (benchè in altro senso e per altro motivo) ricompaiono precisamente quei due termini "adsidue", "perpetuus", che noi abbiamo trovati in Paolo e col senso che noi vi abbiamo attribuito.

Parallelo all'uso del termine "perpetuus", va in materia d'acque l'uso del termine "perennis"; parola di radice e senso originario diverso da "perpetuus", ma che in relazione alle acque ha lo stesso senso, che abbiano visto, di "perpetuus". Dell'uso estesissimo del termine "perennis", applicato alle acque non ho bisogno di recar prove; sì del suo senso uguale. Questo risulta dalla stessa definizione di "flumen perenne", che dà Ulpiano: *item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia, perenne est quod semper fluat, ὁ ὕδατος, torrens ὁ ὕδατος*: si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. (l. 1 § 2 D. de flum. 41, 12). Ciò che distingue il torrente dal fiume, non è la durata; entrambi durano e dureranno eternamente. Dunque il "semper" di Ulpiano non può riferirsi alla durata, ma alla continuità del corso d'acqua; la differenza tra i due corsi



è questa sola che nel fiume l'acqua corre continuamente; nel torrente non corre che a tratti di tempo, perchè a tratti si raccoglie. Lo stesso senso si desume da Festo: *manalis fons appellatur ab auguribus puteus perennis — manalem fontem dici pro eo, quod aqua ex eo semper manet* „ cioè emana continuamente acqua.

Equivalente sia a “perpetuus „ sia a “perennis „ è il termine “vivus „. Basta confrontare in prova colla definizione veduta data da Ulpiano di fiume e di torrente quel che dice Isidoro orig. 13. 20: *duo sunt fluminum genera: unum torrens, alterum vivum*; colla definizione di “lacus „ di Ulpiano Virg. 2. G. 469 *speluncae vivique lacus*; coll'esclusione dell'interdetto per la cisterna, priva di perpetua causa, e colla sua ammissione invece per il fonte, Varrone 4. LL. 26 *fons, unde funditur e terra aqua viva*.

Ora si capisce come di “perpetua causa „ si parli nelle nostre leggi solo rispetto alle acque, si capisce l’“etsi non adsi-due fit „ di Paolo, il “non habet perpetuam causam nec vivam aquam „ di Ulpiano. La nostra frase, “perpetua causa „ non è che un modo di caratterizzare l'acqua, di esprimere lo stesso carattere che in tanti altri testi si esprime coi termini “perpetuus „ “perennis „ “vivus „. Aqua viva, aqua perennis, aqua perpetua, aqua quae habet perpetuam causam è la stessa cosa. Un romano su questo senso specifico di perpetua causa non si sarebbe ingannato, tanto la frase corrispondeva ad una terminologia e ad una distinzione frequente in materia d'acque. Bisognava non capire il latino, per trasportarla dalle acque alle servitù come fece il nostro glossatore; e questa è una nuova prova, che si aggiunge alle altre, della nostra glossa.

Da tutto questo detto sin qui le conclusioni derivano di per sè. In un solo testo delle nostre fonti c'era la regola “omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent „, e abbiamo visto che è una glossa. Due sole leggi parlano di “perpetua causa „ in relazione alle servitù prediali, e abbiamo visto che con codesta frase non si esprime una qualità o requisito della servitù, ma dell'acqua. Fra Paolo ed Ulpiano esiste questa sola differenza, che mentre entrambi per perpetua causa intendono la qualità dell'acqua di essere veramente continua, o

come i romani dicono: perpetua, perenne, viva, Ulpiano tien fermo questo concetto, Paolo invece in un caso si accontenta, per aver la perpetua causa dell'acqua, di quella continuità che è costituita dal periodico ritorno di essa. Vuol dire adunque 1) che il diritto romano non ha mai conosciuta la massima che tutte le servitù devono aver causa perpetua; 2) che esso ha conosciuto solo una regola ed è che certe servitù (vedremo poi quali) relative alle acque non possono costituirsi che rispetto ad acque vive e di questa regola vedremo a suo luogo la ragione.

Che la cosa stia precisamente così si potrebbe facilmente provare anche in modo indiretto per la via della critica. Ma le prove raccolte a favore delle conclusioni precedenti mi sembrano più che sufficienti a dimostrarne la bontà, senza dovervi aggiungere il sussidio di questo lavoro critico. Il quale lascio quindi compiere al lettore. Io mi limito a segnare la traccia. Esamini il lettore tutti i sensi dati sin qui alla massima "Omnes servitutes praediorum perpetuas causa habere debent," secondo i quali la massima esprimerebbe un requisito diverso dagli altri noti in materia di servitù, e si troverà sempre innanzi ad ostacoli insormontabili; egli si troverà cioè sempre innanzi ad obbiezioni, le quali provano che il senso, ch'egli considera è insostenibile.<sup>1</sup> L'insostenibilità comune

<sup>1</sup> Ad es. il DERNBURG ritiene significare la nostra massima che il fondo serviente deve garantire l'utilità della servitù colle sue qualità naturali. Nel diritto romano sono però riconosciute valide servitù, che non possono talora cominciare (l. 10 D. de serv. 8, 1) e certo sempre continuare ad essere esercitate senza opere fatte nel fondo serviente. Tali sono le servitù di passaggio, le servitù tigni immittendi, oneris ferendi, ecc. Ed è indifferente per la validità della servitù che queste opere siano fatte dal proprietario dominante com'è di regola o dal proprietario serviente, come avviene di necessità nel caso della servitus oneris ferendi e nel caso, in cui, costituendo la servitù, si escludesse nel titolare il diritto di fare le opere di restauro (l. 1 § 14 D. de itin. act. 43, 18) nella quale ultima ipotesi il titolare godeva della servitù se ed in quanto il proprietario serviente o terzi avessero la buona volontà di eseguire i restauri. Di fronte a questi fatti codesta formula evidentemente non regge. — Pel WINDSCHEID la massima significa che il fondo deve servire con qualità durature. Contro una tal formula rimarrà sempre invincibile l'ostacolo dell'esistenza delle servitù d'estrazione di minerali. Già il parlar di qualità "durature," anzi che come si faceva in passato di "perpetue," oppure come fa l'ELVERS di qualità di cui non si può prevedere la fine (V. la nota 6 a pag. 4) non è che un temperamento recato all'idea primitiva di perpetua causa, come perpetuità della ser-

di tutti non può evidentemente derivare da altro che da questo che un diritto qualsiasi non può che mostrarsi contrario ad un principio, che non conobbe. Provi poi in secondo luogo il lettore a supporre che dove nelle nostre fonti genuine è

vitù, proprio in vista di queste servitù d'estrazione di minerali. A parte poi questo, si capisce che questo temperamento non salva nulla. Chi può credere infatti che i romani, se esisteva un tal requisito, ammettessero simili servitù, mentre in queste esso non è applicabile, se non a patto di saper prima quanto materiale c'è nel fondo serviente, e in quanto tempo esso in relazione al bisogno del fondo dominante è esauribile, due ricerche ugualmente impossibili in pratica e specialmente nell'antichità romana priva delle nostre conoscenze geologiche e dei nostri strumenti e metodi di esplorazione del suolo? È anche molto significante il fatto che benchè nelle fonti non sia raro il caso di trovar menzionata qualcuna di queste servitù, mai si accenna menomamente alla necessità della loro durata. Io trovo ricordato che non possono esistere che a favore di un fondo vicino (l. 5 § 1. D. s. p. r. 8, 8.); che possano esistere solo quando la quantità del materiale disponibile assicura la durata della servitù non è detto in nessun luogo. Si vede dunque: al requisito della vicinanza ci si pensò; alla durevolezza non ci pensò nessuno, quantunque fosse quasi imposto il pensarvi. La ragione è chiara: quello era un requisito esistente e l'altro no. Oltre a queste servitù si oppone il credere all'esistenza di un tal requisito il trovare ammesse per valide servitù, che non si esercitano durevolmente, senza far opere nel fondo serviente, mentre, come accennai, si concede pure che il titolare della servitù non abbia diritto di compierle. Queste servitù infatti sono allora regolate in modo da riuscire prive di ogni garanzia di durevolezza, eppure sono ripeto perfettamente valide. Neppure questa formula regge dunque alla critica. D'altro canto da questi due modi veduti di formulare i concetti di durata e di naturalezza delle servitù e tanto più da questi concetti non è possibile allontanarsi senza andare incontro ad obiezioni più gravi e più prossime, tra cui prenderanno il primo posto le esegetiche. Perchè a scegliere codesti concetti e a formularli in quel modo si è costretti dal contesto della l. 28. Una volta cioè commesso l'errore di credere alla genuinità della nostra massima, bisognerà intendere la parola "perpetuus", per "perpetuo", se si vuol avere un requisito, che si possa per un momento credere applicato dai romani alle servitù. Se si traduce "perpetuus", per "continuo", si scorge troppo presto che la continuità non è richiesta nelle servitù. E bisognerà inoltre intendere per "naturalis causa", una condizione naturale di cose, opposta ad una condizione artificiale (*quod manu fit*). Così o si resta nel formulare il nostro requisito, nel dare cioè un senso alla massima "omnes servitutes etc.", coerenti al testo in discorso, e allora ci si presentano le nostre obiezioni, o si abbandona in tutto o in parte questa base e allora si credano dei requisiti arbitrari, che potranno esser veri, com'è nel caso che si ammetta, cosa impossibile, l'idea esposta nel testo dell'HEINZIO o falsi, ma che in ogni caso non hanno fondamento nel testo latino. Tale vizio hanno ad es. le formule, secondo cui la nostra massima mira a non far dipendere la possibilità dell'esercizio della servitù da un'attività del proprietario serviente o di terzi qualificata in un certo modo, come dall'attività *continua* (SCHRADER) da un'attività *più o meno accidentale* (ELVERS). La frase "naturalis causa", esclude ogni attività umana in ogni caso, e non un certo genere soltanto. In un certo senso per lo SCHRADER

dichiarata valida o invalida la servitù, perchè nel caso che si considera esisterebbe o mancherebbe la perpetua causa, questa perpetua causa sia un requisito delle servitù, anzi che, com'io dico, la perennità dell'acqua, e vedrà che la prova non gli riesce.<sup>1</sup>

la massima si riduce ad esigenza che l'esercizio delle servitù d'estrazione d'acque possa essere continuo. Ma la nostra massima suona "omnes servitutes etc.,"; dunque non è possibile che esprima una certa esigenza solo per alcune. Il BÖCKING sembra ridurre il requisito della naturalezza a questo che il fondo non serva con qualche cosa di estraneo alla sua natura. Se il BÖCKING ora con queste parole intendesse di esprimere il requisito, che svolgo al § 5 sarebbe nel vero. Ma non pare che intenda questo o almeno che non riconduca questo requisito alla sua vera ragione. Anch'egli colla sua formula mira ad escludere solo la necessità che il proprietario serviente procuri il materiale di cui abbisogna il dominante. v. n. 65 al § 162 cit. In ogni caso poi si capisce che nè la frase perpetua causa nè quella naturalis causa si prestano ad esprimere una simile idea. Non proseguo ulteriormente in questo esame. Quanto ho detto basterà d'avviamento al lettore, il quale vedrà anche quali altre obiezioni oltre alle esegetiche, si possono fare a queste ultime formule menzionate.

<sup>1</sup> Anche qui sceglierò come esempio ciò che scrivono il DERNBURG e il WINDSCHEID. Pel primo Ulpiano escluderebbe l'haustus da una cisterna, perchè l'acqua nella cisterna non è una qualità naturale del fondo. Chi potrà vedere però una differenza quanto alla naturalezza del fenomeno tra l'esserci acqua in una cisterna e l'esserci in un pozzo di vena, l'haustus dal quale è pur possibile? E Paolo escluderebbe il flumen per un'acqua versata a mano, perchè i romani volevano che il bisogno d'esercitare la servitù non derivasse, come sarebbe in questo caso, immediatamente da un'attività del proprietario dominante. Eppure non c'è risposta possibile all'obiezione molto vecchia (V. DONELLO *comm.* II c. 3. SCHRADER, *op. cit.*, pag. 315) che abbiamo servitù riconosciute per valide, in cui il bisogno d'esercitarle deriva immediatamente da una tale attività. Cito le servitù ut in tuum lapides provolvantur (l. 3 § 2 D. s. p. r. 8. 3) fumi immittendi (l. 8 § 5 D. si serv. vind. 8. 5) vaporis immittendi (l. 8 § 1 D. eod.). Dunque nè dove Ulpiano, nè dove Paolo negano la validità della servitù perchè mancherebbe la perpetua causa, possono intendere che manchi nessuna di queste cose (naturalezza della qualità del fondo, o naturalezza del bisogno) che dice il DERNBURG. — Secondo il WINDSCHEID Ulpiano escluderebbe l'haustus da una cisterna e per conseguenza anche da uno stagno, perchè il fondo mancherebbe di durature attitudini a sopportare il peso della servitù. Si potrebbe anche affermare questo nel caso della cisterna, se Ulpiano supponesse una servitù diretta ad usare dell'acqua esistente a un dato momento nella cisterna, perchè coll'esercizio della servitù quest'acqua si esaurirebbe. Ma Ulpiano non pensa a questo caso; bensì all'altro d'uso di una cisterna, ogni qualvolta vi sia dell'acqua. Ora in tal caso è assurdo dire che il fondo è privo di attitudini durature a soddisfare l'onere della servitù; dicasi che non sono continue, ma durature lo sono certamente. È veramente strano che si scambino così i concetti di "durata", e di "continuità", e più che questo scambio non lo faccia solo il WINDSCHEID ma anche qualche nostro scrittore (V. BIANCHI *op. cit.* pag. 197). Nel caso poi dell'haustus da uno stagno ha dovuto con-

Mi limito a segnare questa traccia anche perchè esiste uno scritto oggi, a quanto pare, dimenticato col sussidio del quale può chi voglia fare molto agevolmente una simile indagine. Accenno alla vecchia monografia dell'HEINECCIO sul nostro argomento. La scienza di questo secolo in fondo non ha aggiuntone-

fessare l'ELVERS stesso (op. cit. pag. 161) che non si sa come i romani per ragione della possibilità dell'esaurimento potessero escluder l'haustus da uno stagno, che certo coll'esercizio di una simile servitù non si esaurisce. E a ogni modo coll'esercizio non si esaurisce anche l'acqua di un pozzo? Veramente tra cisterna e pozzo di vena, rispetto a questa possibilità d'esaurimento per l'esercizio non v'ha che la differenza veduta dallo SCHRADER (op. cit., pag. 312); l'acqua di quella non è certo che sia subito rinnovata; l'acqua di questo si rinnova certo subito. Ma questa differenza si riduce a quella ch'io dico: l'una è acqua viva e l'altra no; una differenza, che come appare non ha a che far nulla coll'idea di durata delle servitù per le attitudini del fondo serviente. Essa avrebbe solo relazione con l'esigenza che le servitù d'estrazione d'acque fossero esercitabili continuamente (è l'idea che si fa di perpetua causa rispetto a queste servitù lo SCHRADER), ma che pur questa esigenza sia insostenibile appare dall'ammettersi che codeste servitù siano usate a intervalli. Il WINDSCHEID dice pure che dove Paolo esclude come privo di perpetua causa il flumen per un'acqua versata a mano, fa ciò perchè il bisogno del fondo dominante in tal caso per lui non è duraturo. Ma chi o che dice al WINDSCHEID che Paolo considerasse non duraturo il bisogno di lavare il pavimento, che il WINDSCHEID stesso dichiara invece permanente? (Pand., I. § 209 n. 8). È chiaro invece che il giudizio di Paolo dovea essere quello stesso del WINDSCHEID, il quale invece di dire in sostanza che sbagliò Paolo a considerare diversamente quel bisogno, farebbe meglio a confessare che sbaglia lui ad attribuirgli un tal pensiero. Che poi i romani non si sognassero mai di trovare invalida una servitù, perchè il bisogno del fondo dominante non è duraturo risulta da l. 6 § 1 D. s. p. r. 8. 3., dove Paolo stesso ammette per valida una servitù lapidis eximendi et harenae fodiendae allo scopo, evidentemente transitorio, di fabbricare un edificio. Ed eccoci così a dover concludere che quella perpetua causa che secondo Ulpiano e Paolo mancherebbe rispettivamente nel caso dell'haustus da una cisterna e del flumen per un'acqua versata a mano non può essere nè la duratura attitudine del fondo serviente, nè il duraturo bisogno del fondo dominante. — In questi sforzi di veder nella perpetua causa delle nostre fonti genuine altra cosa dalla perennità dell'acqua, e di rispondere ad obbiezioni insormontabili si arriva al vaniloquio. Vedasi ciò che osa scrivere il BÖCKING. Per questo scrittore perpetua causa rispetto al fondo dominante indica che dev'essere continuo il vantaggio, di cui questo gode. Trovatosi ora il BÖCKING innanzi al fatto che il flumen per un'acqua versata a mano non è ammesso, come privo di perpetua causa, e la servitù fumi immittendi, che è identica a questa, è ammessa, si vuol sapere come superò la difficoltà? Così: manca la perpetua causa nel caso del flumen perchè l'acqua si butta qua e là; esiste nel caso della servitus fumi immittendi, perchè il fuoco non si butta qua e là ma si fa nel focolare a ciò preparato!! Pand., II. § 162 n. 54. Rivaleggia di absurdità con lui nel modo di vincere l'obbiezione che si trae da codeste servitù contro il concetto di perpetua causa come continuità di scopo l'ESSE op. cit. pag. 228.

suna nuova definizione di "perpetua causa", a quelle molte già trovate dagli antichi e che l'HEINECCIO esamina nel lavoro citato. Quivi ora egli raccolse un cumulo di obbiezioni serie ed insuperabili contro tutte codeste definizioni, terminando disperato, col concludere che la "perpetua causa", non è un requisito diverso dagli altri noti in materia di servitù, ma è la stessa cosa colla regola della l. 4 D. de serv. 8. 1., secondo la quale resta vietata l'aggiunta di termini e di condizioni agli atti costitutivi delle servitù.<sup>1</sup> Prima di lui la stessa insostenibilità di quei concetti era stata veduta dal THOMASIO, e questi avea finito col concludere che fra i giuristi romani era esistita discordia sul punto, se le servitù devono avere causa perpetua. Triboniano raccolse i passi di chi ammetteva questa necessità e di chi la negava "et ita crucem interpretibus fixit".<sup>2</sup> Rispetto al punto, a cui erano pervenuti questi due scrittori, la scienza romanistica di questo secolo, anzichè progredire, ha retroceduto; perchè essa ha perduto il senso di codesta "crux", e perchè importa sempre un retrocedere il non tener calcolo di obbiezioni vedute contro certi concetti e non tentare di confutarli, ma ripeterli come se codeste obbiezioni non fossero state fatte<sup>3</sup> e non se ne potessero fare altre di non meno gravi e non meno prossime. La miglior critica oramai, dopo quanto ho sopra discusso, mi sembra, del resto consista nell'espore le origini di quei due requisiti della durata e della naturalezza delle servitù intorno ai quali, come dissi, la nostra scienza ha girato più o meno in largo, quando venne a costruire la teoria della perpetua causa, senza potersene distaccare totalmente mai e nel vedere come e perchè essa

<sup>1</sup> § 24.

<sup>2</sup> V. la citazione in HEINECCIO, *op. cit.*, § 22.

<sup>3</sup> Un modello del genere è la teoria del WINDSCHEID. La sua idea che perpetua causa rispetto al fondo dominante significhi il bisogno duraturo di questo era stata in antico professata dal IOANNES SUPERIOR. L'HEINECCIO, che ci fa saper questo, obietta a codesto scrittore: "et quis denique neget, foramine illo, in imo pariete, ex naturali et perpetua causa semper indigere cubiculum, quum ita natura comparatum sit, ut pavimenta non possint non sordes et situm contrahere ac proinde semper proluenda sint? (Op. cit. §§ XII. XIII). E il WINDSCHEID torna dopo più di un secolo a ripetere il vecchio errore, aggravandolo col presentare come critica a Paolo un fatto, che l'HEINECCIO giustamente presenta come critica all'opinione che il WINDSCHEID ripete.



in tutta questa materia della perpetua causa si è arrabattata da secoli senza venire a capo di nulla.

Si trovò nelle fonti la proposizione "omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent", si credette alla sua genuinità e poichè di per sè letteralmente non significava nulla, bisognò costruirle un significato. Per costruirlo, si dovettero prendere due termini, che Paolo applicava molto bene e molto chiaramente. Piove "ex naturali causa", dice Paolo e piove "perpetuo"; cioè continuamente benchè interrottamente (*etsi non adsidue*.) Questa naturalezza e continuità della pioggia, gli scrittori la mutarono in naturalezza e (traducendo male il "perpetuo", indotti dal fatto che la pioggia, se si può dir nel senso di Paolo continua, si può dir anche perpetua) in perpetuità delle servitù. Altra base esegetica questi concetti di perpetua causa non hanno. Si capisce ora facilmente a che assurdo lavoro la scienza si è condannata, facendo questo. Essa si condannò a trasformare due qualità di un fenomeno meteorologico: la pioggia in due requisiti dei diritti di servitù. Questa trasformazione non si può evidentemente compiere; essa non sarebbe possibile che nell'ipotesi che il diritto romano avesse ordinato il diritto delle servitù prendendo a modello la pioggia!! Siccome nessun diritto può far questo, la nostra scienza si è trovata innanzi a difficoltà insuperabili, qualunque via e mezzo tentasse di compiere codesta trasformazione. L'ingegno degli interpreti si è sbizzarrito in tutti i modi, per girare, se non superare, queste difficoltà. Così la prima idea di perpetuità della servitù, la si temperò mutandola in durata. Ciò arbitrariamente, perchè, se nel testo di Paolo "perpetuus", non si traduce per "continuo", bisogna tradurlo per "perpetuo", poichè non piove solo "durevolmente", ma perpetuamente. Ma poi la durata fu mutata da durata sicura in durata possibile, da imprevedibilità assoluta del fine della servitù in imprevedibilità pratica,<sup>1</sup> e persino in mera continuità di godimento sia pur breve. Il requisito della naturalezza subì anche più varie sorti. L'idea prima di esso sarebbe l'esclusione di ogni attività umana. Ma

<sup>1</sup> V. queste trasformazioni particolarmente nell'ELVERS, *op. cit.*, pagine 151, 160, 170.

siccome si vide subito che ciò non andava, ecco anche la naturalezza mutarsi da esclusione assoluta d'ogni artificio in esclusione solo dell'attività del proprietario serviente, e poi dell'attività continuata, e poi dell'attività accidentale. Tutte correzioni, mutamenti, rifacimenti diretti ad adattare alle servitù romane delle idee, che non si adattano nè alle romane, nè alle non romane, ma alla pioggia. E ancora la scienza era in condizioni abbastanza buone, finchè credette che questi requisiti si esigessero in relazione al fondo serviente. Quando vide che Paolo parla di perpetua causa in relazione anche al fondo dominante, essa fu costretta a fabbricare dei concetti di durata e di naturalezza, che valessero anche per questo; aumentando così il numero dei significati che dovrebbe avere la frase "perpetua causa.". Frase mai tradotta da nessuno (la trascuranza nel determinare il senso latino di essa è caratteristica di tutta questa dottrina) ma divenuta un recipiente, in cui ognuno pone dentro il senso che più gli pare e piace.

Il curioso è poi notare, come, dopo aver fatto tutto questo lavoro per ottenere dei requisiti comuni a tutte le servitù, la nostra scienza, che avrebbe dovuto sperimentarli appunto su tutte le servitù, mostrando come a tutte poteano e doveano applicarsi, non li sperimentò invece quasi su nessuna,<sup>1</sup> e per torsi d'ogni impaccio disse, che il suo vero campo d'applicazione la perpetua causa lo avea avuto nelle servitù relative ad acque, cioè in quelle sole, in cui le nostre fonti parlano di perpetua causa.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Negli scrittori il nostro requisito è sperimentato solo sulle servitù d'estrazione di minerali ELVERS, *op. cit.*, pag. 160. VANGEROW, *Pand.*, I. pag. 710; sulla servitus fumi imitendi ELVERS *op. cit.* pag. 158. Di queste scarse esperienze la scienza non ha però troppa colpa. In realtà infatti la massima "omnes servitutes etc.", pare supponga che il requisito della perpetua causa trovi applicazione in tutte le servitù. Viceversa, comunque se ne determini il senso, per l'immensa massa delle servitù romane esso resta praticamente e intellettualmente persino inapplicabile; onde gli scrittori si trovano ricacciati e chiusi entro i casi delle fonti. Ciò rivela ancora una volta che la massima non è, come dissi, che una spropositata meccanica generalizzazione d'un glossatore in base a questi casi, e fatta precisamente non per altro che per unire al caso del flumen della l. 28 il caso dell'acquedotto da una cisterna contemplato nella l. 1 § 4, senza che il glossatore avesse in mente un'idea che la massima dovesse esprimere.

<sup>2</sup> ELVERS, *Op. cit.*, pag. 161 cf. KELLER, *Pand.*, I. pag. 315.

Ci voleva molto a notare che questo era il suo *vero* campo d'applicazione, perchè era l'*unico*? Ma avendo trasformato la perpetua causa dell'acqua in un requisito delle servitù, era naturale, era necessario che si venisse anche a questo che proprio in questa materia delle servitù relative ad acque là dove i romani dicono che la perpetua causa manca, si ritrovasse invece che quel requisito c'era, e che si finisse col dire che i romani avevano errato a dir ciò. Abbiamo visto prima<sup>1</sup> dir questo in sostanza il WINDSCHEID pel caso del flumen; l'ELVERS dice lo stesso per l'haustus e l'aquaeductus da uno stagno;<sup>2</sup> solo trova scusabili i romani del loro errore, e la scusa che egli adduce, io non la cito, ma raccomando al lettore di leggerla, tanto è amena.<sup>3</sup> Eppure tutto questo non convinse la scienza che il suo lavoro era errato, che la sua fatica era spesa in un'opera impossibile. Essa continuò a girare nella stessa cerchia di errori, e persino, come vedremo, a lodare, a giustificare un principio, che non capiva. In verità la perpetuità della causa delle servitù nella storia delle aberrazioni scientifiche tiene un posto modesto ma bello.

### § 3.

Se qualche scrittore si limita ad esporre il nostro requisito senza dirne nè bene, nè male, qualche altro invece, come ho ora accennato, lo difende e lo loda, attagliando s'intende ognuno difese ed elogi a quel concetto particolare, che se ne forma. Si sostiene infatti che la massima della perpetuità della causa deriva necessariamente da altri principii giuridici o da tendenze generali del diritto romano in materia di servitù e che essa è praticamente utile. Giova vedere, sia per strappare anche questa radice, con cui la teoria della perpetua causa delle servitù è legata al campo della nostra scienza, sia sopra tutto, perchè ciò ne darà occasione di esaminare e correggere certe idee erronee in materia di servitù, giova,

<sup>1</sup> Nota 1 pag. 1130.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, pag. 163.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, pag. 163 seg.

dico, vedere se queste affermazioni reggono, o se non sta invece, com'io credo, il contrario, ossia che, qualunque concetto ci si formi di codesto requisito, sempre questo appare privo di ogni fondamento positivo nei principii del diritto romano e privo anche d'ogni pratica ragione di essere.

Secondo il VANGEROW la perpetuità della causa è un requisito relativo solo al fondo serviente e significa *a)* che è invalida la servitù, il cui esercizio presuppone un'attività continuata del proprietario del fondo serviente; *b)* che il fondo serviente deve essere durevolmente capace di sostenere l'onere della servitù. L'uno e l'altro principio derivano ora per lui dalla massima *servitus praedio utilis esse debet*.<sup>1</sup> Questa massima infatti a suo avviso significa che la servitù deve essere costituita in tali condizioni da poter giovare a ogni possessore del fondo come tale;<sup>2</sup> ora, sembra che egli intenda, se la servitù non obbedisce al requisito della perpetua causa nel primo senso, manca la certezza che giovi neppure all'attuale possessore; se non vi obbedisce nel secondo, si ha la certezza che non gioverà a tutti i possibili successivi proprietari del fondo dominante; nell'un modo e nell'altro la servitù non gioverebbe quindi al fondo. — Il vizio di quest'argomentazione sta in ciò che l'interpretazione data dal VANGEROW alla regola: "*servitus praedio utilis esse debet*," è erronea. Questa regola non vuol dire affatto che la servitù deva, per esser valida, giovare sicuramente e tanto ora che in avvenire a qualunque successivo proprietario del fondo dominante; essa significa soltanto che la servitù deve rendere o possibile o più agevole che il fondo dominante sia *strumento* di un'attività esercitata in esso; essa sarà valida in questo caso, sarà invalida se essa invece rende possibile o più agevole l'esercizio di un'attività, di cui il fondo non si presenta come strumento.<sup>3</sup> Non altrimenti che così intende la massima Paolo nelle ll. 5. 6 § 1 D. s. p. r. 8. 3. che sono le fondamentali per l'intelligenza della massima in discorso. Se mi faccio costituire la servitù di estrar la creta per far i vasi per il vi-

<sup>1</sup> *Pand.*, I, pag. 710.

<sup>2</sup> *Pand.*, I, pag. 707.

<sup>3</sup> V. BIANCHI, *op. cit.*, pag. 149. 196.

no prodotto nel mio fondo, la servitù è utile al fondo, perchè mi agevola l'esercizio di un'industria, cioè la viticoltura, di cui è strumento primo il mio fondo, e quindi la servitù è valida. Se mi faccio costituire la stessa servitù, per fabbricare nella villa dei vasi da vendere, manca l'utilità del fondo, perchè in tal caso esso non è strumento della mia industria; esso non ne è che il *ricovero*; esso ricovera la mia arte di vasaio, come ricovererebbe la mia arte di pittore o di scultore ecc; e quindi la servitù è invalida. Dato questo concetto della massima in discorso, è evidente che l'utilità del fondo può esserci, anche se la servitù è costituita in condizioni tali da renderne o incerto o transitorio l'uso; perchè anche allora è possibile che l'esercizio incerto, quando si verifica, l'esercizio certo ma transitorio vadano a beneficio del fondo dominante e non direttamente della persona dell'attuale titolare. Quindi ad es. il nostro diritto civile, che pur vuole che la servitù sia stabilita "a vantaggio di un altro fondo," ammette la servitù degli scolli, il cui esercizio non è volta per volta possibile, che se il proprietario serviente irriga i propri fondi. Nè ancora, troppo evidentemente, sarebbe per esso invalida una servitù di estrarre pietra, per costruire un edificio nel fondo, da una cava prossima ad essere esaurita, che contiene pietre sufficienti solo all'erezione di quell'edificio. Nel primo caso l'uso è incerto, nel secondo caso non è duraturo; ma nell'uno e nell'altro è chiaro che l'uso va a beneficio del fondo e la servitù soddisfa quindi alla regola in discorso ed è perciò valida. Questa ragione adunque invocata dal VANGEROW non vale. Egli dà alla massima "servitus praedio utilis esse debet," un senso, secondo il quale veramente i romani invece del solo requisito dell'utilità del fondo ne avrebbero esatti due: 1) l'utilità del fondo; 2) l'utilità certa e duratura. Solo per questo egli poté illudersi di trovare nella massima in discorso la ragione del suo concetto di perpetua causa. E non si avvide che, interpretando così quella massima, non giustificava questo concetto, ma veramente faceva una petizione di principio. Egli infatti riconduce la perpetuità della causa all'utilità, ma intende questa secondo il concetto, che si fa di quella; così non *deduce* un requisito dall'altro ma *estrae* l'uno da un

miscuglio, ch'egli ha già fatto d'entrambi. L'operazione è facile, ma non può ingannare nessuno.

L'ELVERS ha della perpetua causa su per giù un concetto affine a quello del VANGEROW;<sup>1</sup> ma la ragione, che egli invoca, di codesto principio non è così pedestre come quella ora esaminata. L'ELVERS si slancia in alto; la ragione sta in ciò che essendo le servitù per i romani delle qualità artificiali del fondo dominante destinate a sostituire le qualità naturali, di cui manca, essi doveano esigere che queste qualità artificiali somigliassero alle naturali, e perchè le qualità naturali hanno il carattere della naturalezza e della durata, doveano avere e l'uno e l'altro carattere anche le artificiali, cioè le servitù.<sup>2</sup> Questa spiegazione è la più strana cosa, che si possa immaginare. Nè io me ne occuperei, se questa idea che la servitù sia chiamata a riparare alle *mancanze naturali* del fondo dominante non si trovasse anche in altri scrittori, per trarne altre illazioni.<sup>3</sup> Pure ci vuol poco a vedere che essa è insostenibile. La servitù in molti casi non provvede alla mancanza di una qualità naturale del fondo dominante, ma ne difende l'esistenza. Ad es. la *servitus ne prospectui officatur* ha lo scopo di conservare al fondo la qualità naturale che da esso si goda una bella veduta e non è già destinata a procurargli artificialmente una bella veduta, che esso non ha. In altri casi non si vede neppure in che senso si possa parlare di qualità naturali. Così le servitù di passaggio possono procurare al fondo un'uscita, che non ha. Ma l'avere un'uscita non si può dir certo una qualità naturale del fondo; non la natura infatti provvede i fondi di un'uscita sulla via pubblica, ma l'opera dell'uomo, che costruisce la via, lungo i confini del fondo. Se pure l'arte agrimensoria procurava forse in origine ad ogni fondo un'uscita, si dovrà dire che per i romani era cosa normale che ogni fondo avesse un'uscita, ma la normalità non è la naturalezza. Le servitù di passaggio anche in questa ipotesi adunque non facevano che sostituire una

<sup>1</sup> V. la sua formula alla nota 6 pag. 2 e pel VANGEROW v. *Pand.*, I, pag. 710.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, pag. 150.

<sup>3</sup> V. ad es. MÜLLER, *Ist.*, pag. 202.



comodità normale artificiale con un'altra straordinaria pure artificiale. E quando poi la servitù di passaggio era accordata ad un fondo, che già avea un' uscita, solo per procurargliene una più comoda, allora a che mancanza naturale ripara la servitù? Qual'è ancora la mancanza naturale, a cui riparano tutte le servitù che ci accordano l'uso dello spazio del vicino? Io non ne so veder che una sola: la mancanza di spazio; il che poi torna a dire che ogni fondo ha questo difetto di non essere esteso come il globo intero!! Veramente solo in pochi casi può parere che la servitù sostituisca una qualità naturale, che al fondo manca e questi casi sono quelli delle servitù di estrazione. Ma molte volte pur qui la servitù non ripara a una mancanza di materiale, di cui soffra il fondo dominante; molte volte il materiale c'è, solo per la destinazione economica data al fondo non se ne può servire, o non si crede che giovi economicamente servirsene. Il mio fondo ad es. ha arena, ma siccome lo coltivo a vigneto, non guasto il vigneto per cercare l'arena, ma mi giova della *servitus harenae fodiendae*, per estrarla da un altro vicino. Il mio fondo ha acqua, ma non mi giova economicamente subire la spesa di scavare un pozzo, se posso con una *servitus haustus* servirmi del pozzo del vicino. Finalmente anche quando il materiale manca, la servitù sostituisce bensì una qualità naturale, che il fondo potrebbe avere, ma che anche è nell'ordine della natura, che esso non abbia, perchè è in quest'ordine che i fondi non possano aver tutti i materiali possibili. Onde per quest'unico caso, in cui il concetto dell'*Elvers* della funzione della servitù può reggere, non si vede come da quel concetto deva derivare l'altro che la servitù sia naturale e stabile come le qualità naturali. Se i romani avessero preteso questo, avrebbero avvicinato i fondi ad una condizione, in cui per natura non possono trovarsi mai. Essi doveano partire invece da quella funzione della servitù in questi soli casi, per dire: poichè è nell'ordine naturale che i fondi di qualche cosa manchino, ripariamo a questo difetto giovandoci dei fondi vicini, in ogni modo possibile, quindi anche per breve tempo, anche nei casi in cui il godimento del fondo vicino è incerto, perchè sarà sempre tanto di guadagnato sopra la natura. Così appare

nella sua generalità errato il concetto dell'ELVERS della funzione delle servitù, e appare anche che, dove non si può dire errato, non discende da esso la conseguenza, che egli ne trae o, dirò meglio, ch'egli suppone che i romani ne abbiano tratto. Ma io faccio male a confutar l'ELVERS, operando coi suoi concetti o dirò meglio colle sue metafore. Diciamo semplicemente che tutta questa costruzione è arbitraria e fantastica. Quest'idea che per i romani le servitù dovessero essere qualità artificiali dei fondi simili per la durata e la sicurezza alle qualità naturali ha la sua base solo nella sciagurata (sciagurata per l'abuso che se ne fece) frase di Celso che le servitù sono qualità dei fondi come la salubrità e l'ampiezza. Ognuno sa ora che con codesta frase Celso non intende di esprimere altro che il nesso realistico tra la servitù e il fondo dominante. Solo per questo rispetto vale il suo paragone colla salubrità e l'ampiezza. Se vogliamo sforzare il paragone fino a desumerne che le servitù devano essere così naturali e perpetue come queste due qualità naturali dei fondi, allora ci mettiamo per una brutta china; un altro con ugual ragione potrebbe desumerne che le servitù non potevano aver mai fine se non colla distruzione del fondo, perchè solo con questa finiscono anche quelle due qualità naturali. Il paragone di Celso adunque diventa uno sproposito, se cominciamo a vedere in esso espressa metaforicamente altra cosa da quella del nesso fra il diritto reale ed il fondo. Convien perciò dargli solo questo senso ristretto. E allora è chiaro che resta sottratta l'unica base, su cui l'ELVERS fonda la sua opinione. Dico unica, perchè niun'altra frase dei nostri giuristi indica una simile tendenza del diritto romano; e così nessun altro principio di diritto. Quel solo da cui si potrebbe concludere per l'esistenza di una tale tendenza ad imitar la natura sarebbe il principio della perpetua causa. Disgraziatamente è proprio di questo che si cerca la ragione.

Anche il BÖCKING giustifica il requisito della perpetua causa, ma egli si fa di essa un concetto così alieno da quello di tutti gli altri scrittori, che mai più si può riconoscere nella perpetua causa sua quello stesso requisito, a cui storicamente si è sempre dato questo nome, e del quale noi stiamo occupandoci.

Pel BÖCKING infatti il requisito in discorso si riduce a questa esigenza che la prestazione oggetto della servitù sia tale in sé stessa da potersi adattare l'idea di continuità, che è ben diversa da quella di durata.<sup>1</sup> In forza di cotesto requisito sarebbe ad es. escluso come servitù il diritto di passare una sola volta pel fondo vicino, perchè questo non è un diritto a far qualche cosa di continuo, ma a fare un solo atto di esercizio, fatto il quale, il diritto è totalmente esercitato; ma non sarebbe escluso il diritto di passare per una settimana sola, perchè un tal diritto ammette una ripetizione di atti di passaggio, cioè un esercizio continuo, per quanto transitorio, non duraturo. Così il BÖCKING la rompe colla dottrina tradizionale della perpetua causa, secondo cui questa è un requisito proprio solo delle servitù prediali. Egli a questa dottrina non prende che il nome "perpetua causa", per darlo a questo principio, che i diritti reali in genere non possono sussistere che se al godimento, che ci procurano, si può applicare l'idea e l'epiteto di continuo, mentre i diritti di obbligazione possono aver per oggetto anche prestazioni prive di continuità. La perpetua causa invece di un requisito proprio delle servitù prediali sarebbe così anche proprio delle personali<sup>2</sup> e si può aggiungere della proprietà, dell'enfiteusi e superficie; soltanto in questi diritti si verificherebbe di necessità, in quelli essa sarebbe una regola di condotta. Questa esigenza della continuità renderebbe possibile il quasi possesso delle servitù; e quindi viceversa l'avere i romani ammesso il quasi possesso prova secondo il BÖCKING l'esistenza di codesta esigenza.

Io ora non ho difficoltà ad ammettere che in tutte le nostre fonti non si trova traccia di una servitù usata per procurare un godimento non continuo e che quindi si deve dire che il requisito della perpetua causa inteso a questo modo i romani, se anche non lo conoscono, lo rispettano inconsciamente, naturalmente. Ma vedasi bene: ciò non dipende dal concetto logico che la servitù è un diritto reale. Diritto reale non vuol dire che o diritto assoluto, secondo alcuni, o al-

<sup>1</sup> V. la nota 2 pag. 4

<sup>2</sup> Lo ammette il BÖCKING stesso *Pand.*, II § 162 n. 62.

meno diritto assoluto rispetto a una cosa corporale, cioè un diritto che si fa valere contro chiunque. Perciò niente impedisce di concepire anche un diritto reale non continuo nel senso del BÖCKING. Tanto è vero che molti, i più anzi riconoscono il carattere di diritto reale nel pegno, che non ammette una continuità di godimento. E niente osta a pensare una servitù di godimento non continuo. Così ad es. se, pensando ad erigere un monumento nel mio giardino, sapendo che la strada del vicino può sopportare il peso della statua, mentre invece non può servire al trasporto di essa la mia, che passa sopra un fragile ponticello, mi assicuro, prima di cominciare i lavori, come servitù il diritto di trasportare, quando occorrerà, la statua pel fondo vicino, io ho in questo caso tutti gli elementi di un diritto reale di servitù, perchè mi fu concesso un diritto da far valere contro chiunque, da esercitare quando ne avrò bisogno (v. l. 19 D. de serv. 8. 1.) sopra un fondo altrui, a beneficio del mio, che il monumento rende più ameno (l. 3 pr. D. de aq. cott. 43, 20). Il quasi possesso invece non può concepirsi in realtà che per diritti a un godimento continuo. Il che torna a dire che non è vero che il quasi possesso sia una manifestazione necessaria del carattere reale di un diritto. Noi dobbiamo dire invece in linea di logica che ci possono essere diritti reali possedibili e diritti reali non possedibili, secondo che hanno per oggetto un godimento continuo o no, come del resto nell'a giurisprudenza antica c'erano diritti di obbligazione possedibili e diritti di obbligazione non possedibili. Fra questi diritti reali non possedibili è il pegno, e niente osta per quanto dissi che si possano concepir casi anche di servitù non possedibili, perchè non di esercizio continuo.

Tutto questo in linea di logica. Ma in linea di fatto sta che i nostri giuristi antichi mostrano di non concepire le servitù che come diritti di esercizio continuo. La condotta complessiva delle fonti dimostra ciò, tra cui metto pure l'ammissione del quasi possesso, benchè le applicazioni pratiche del quasi possesso alle servitù siano nelle nostre fonti così scarse. Ma se i romani non pensano che a servitù di esercizio continuo, ciò dipende dal fatto che, se non facciamo dei casi in fondo

scolastici, com'è quello che ho fatto sopra, nella pratica della vita il diritto di servitù non può essere usato che per servizi, a cui l'idea di continuità sia applicabile e in vista anche di questi soli le legislazioni ammettono codesto istituto giuridico. Non dal suo carattere di diritto reale, ma dalla sua pratica funzione deriva quindi il fatto che il diritto di servitù serva solo a godimenti continui. Stabilir questo come un requisito giuridico sarebbe così dinanzi alla logica un errore; e dinanzi alla pratica qualche cosa di ozioso, perchè la pratica tiene certo spontaneamente la servitù entro i confini dei godimenti continui. Così si spiega come i nostri antichi giuristi, che non introducevano nella teoria se non i principi teorici provocati dai fatti reali o dalle possibilità pratiche mostrino di non concepire la servitù che al modo veduto. Ragioni pratiche spiegano anche perchè la negatoria non la troviamo applicata nelle fonti, che contro pretese di godimento continuo. Posto pure che questa azione si dirigesse solo contro pretese di servitù, si capisce che la sua funzione cessava, se mancava la minaccia di una ripetizione dell'offesa al diritto di proprietà. Onde neppur da questo principio si può argomentare come fece l'HESSE<sup>1</sup> l'esigenza logica per i romani che la servitù fosse continua nel senso del BÖCKING. Si può ammettere il contrario, e tuttavia non conceder la negatoria che per servitù d'esercizio continuo.

Qui finiscono le ragioni del nostro requisito desunte da principî o tendenze del diritto romano in materia di servitù. Che queste siano insostenibili, mi pare evidente. Non era del resto da attendersi che la cosa fosse altrimenti. I principî certi infatti in materia di servitù, quelli che danno alla servitù prediale il suo tipo, la sua figura specifica sono due soli: nella servitù prediale deve servire un fondo — a beneficio di un altro fondo. Questi principî ora limitano in un certo rispetto la servitù (es. *servitus in faciendo consistere nequit*), ma d'altro lato le danno una naturale forza di espan-

<sup>1</sup> Op. cit. pag. 287. Dico "continua nel senso del BÖCKING.", solo pel senso di continuità; l'HESSE la continuità la applica, pare, allo scopo, mentre il BÖCKING la applica al servizio; v. per la migliore intelligenza dell'idea dell'HESSE la nota 2 pag. 6.

sione. La servitù cioè si espande fino ad essere ammissibile sempre, ove ci sia un servizio che un fondo può rendere ad un altro, un bisogno che un fondo abbia del servizio che può rendergli un altro. Invece ora che la perpetua causa derivi da questi principî, i soli da cui dovrebbe e potrebbe derivare, a me sembra troppo evidente che essa non ne è che una limitazione. Noi li abbiamo visti in fatti i varî concetti di perpetua causa. Se se ne toglie questo di cui ho ora parlato, che, come dissi, non ha niente a che fare colla dottrina storica della perpetua causa, tutti gli altri hanno un carattere comune: concepita nell'un modo o nell'altro, la perpetua causa si riduce a non esprimere altro se non delle condizioni ulteriori, a cui deve soddisfare il bisogno del fondo dominante, o il servizio (che già si presuppone continuo nel senso del BÖCKING) che si chiede al serviente. Non basta che ci sia il bisogno o la possibilità del servizio, occorre anche che quello e questo obbediscano a certi caratteri. Si dica che il bisogno dev'essere duraturo o che non deve derivare da un'attività del proprietario dominante, si dica che la possibilità del servizio dev'essere duratura o non deve dipendere da un'attività del proprietario serviente o almeno non da un'attività continuata, o che la possibilità del servizio non dev'essere casuale, o che del servizio si deve godere coi mezzi impliciti nella natura della servitù ecc., si dica una qualunque di queste cose, sempre si riesce voglia o no ad indicare ipotesi di fatto, in cui il bisogno del fondo dominante e la capacità del serviente di soddisfarlo in tutto o in parte sono presenti, e in cui tuttavia la servitù si esclude, perchè quel bisogno o questa capacità di soddisfazione non hanno certi caratteri. Alcuni scrittori del resto ammettono una simile indipendenza del requisito della perpetua causa da quei due principî e questi scrittori sono nel vero, un vero così chiaro che non giova che ci soffermiamo più oltre su questo punto. Concepita la perpetua causa a codesto modo adunque essa appare quel che è, cioè una massima in contraddizione con codesti due principî fondamentali, una massima che restringe l'espansione naturale della servitù, quale questa avrebbe in forza di essi, che è un'ostacolo alla più completa utilizzazione dell'istituto giuridico della ser-



vitù prediale. Il diritto romano può ora aver anche accettata questa restrizione, ma, perchè crediamo possibile che egli l'abbia accolta, bisogna che troviamo una ragione, per cui la avrebbe dovuta accogliere. Questa ragione ora non si vede, e si vedono invece le ragioni, per cui non doveva accoglierla.

Io conosco un solo argomento pratico invocato a favore del requisito della perpetua causa ed è quello addotto dal WINDSCHEID. La servitù deve soddisfare un bisogno duraturo del fondo dominante ed essere costituita su fondi di duratura capacità di prestazione, perchè per i bisogni transitori o per le non durature capacità di prestazione basta l'obbligazione.<sup>1</sup> Fra servitù ed obbligazione si verificherebbe così una divisione di lavoro, e avremmo nel campo del diritto un nuovo esempio di quel lavoro di differenziazione ed integrazione d'organi e di funzioni, che costituisce l'essenza della legge d'evoluzione. Tutto questo ora sarà bello, ma non è vero. Se non andiamo a fabbricare apposta dei casi scolastici di servitù durature un giorno o una settimana, perchè di più non potrebbe durare o il bisogno del fondo dominante, o la capacità di prestazione del fondo serviente, nei quali casi certo l'obbligazione può bastare, se invece restiamo nel campo del possibile e del verisimile, troveremo che l'obbligazione è insufficiente. Mi occorre di passare pel fondo del vicino con carri carichi di pietre, per erigere una villa nel mio podere; fatta la villa non avrò più bisogno di passare, perchè il passaggio pel fondo vicino non mi serve che a mettere il mio podere in comunicazione colla cava di pietre. Ecco un caso di un bisogno del fondo dominante che, malgrado l'elasticità del concetto di durevolezza, si deve dire transitorio e non duraturo. Voglio erigere una fornace di calce, per la quale mi fa comodo usare della torba, che ho in una torbiera, di cui entrerò in possesso fra un anno. Intanto il mio vicino ha un piccolo fondo, che contiene torba sufficiente per quest'anno; penso di sfruttarlo, salvo a giovarmi poi della torbiera mia. Ecco un caso di una transitoria capacità di prestazione del fondo vicino. Nell'un caso e nell'altro ora è evidente che

<sup>1</sup> Pand., § 209 n. 8.

l'obbligazione non basta. A me occorre la sicurezza di poter passare pel fondo vicino o di poter usare della piccola torbiera vicina; altrimenti non mi giova cominciar l'edificio, nè costruir la fornace; ciò perchè quella costruzione e questa industria non sono economicamente un buon affare che se posso trasportar le pietre in quel modo, trarre il combustibile da quel fondo. Una tale sicurezza ora non me la dà un diritto di obbligazione; me la dà solo un diritto reale, che rende indifferente di fronte a me il passaggio del fondo serviente ad un successore a titolo particolare, passaggio che durante la costruzione dell'edificio, o durante quell'anno, in cui ho bisogno della torbiera vicina, può sempre verificarsi. Qui ci vuol dunque la servitù. In generale diremo che l'obbligazione basta se il bisogno o la capacità di prestazione in discorso durino tanto poco che sia del tutto inverisimile il passaggio, mentre la servitù è esercitabile, dell'un fondo o dell'altro a successori a titolo particolare del fondo dominante o serviente; non basta più se la loro durata sia tale che questo passaggio sia facile a verificarsi. Il WINDSCHEID sarebbe stato adunque nel vero, se invece di dire che l'obbligazione nel caso di bisogni o di capacità di prestazione non duraturi basta; avesse detto invece: possono darsi casi eccezionali, in cui può bastare e sono quelli in cui per una ragione o per l'altra la servitù avrebbe una durata infinitesimale di pochi giorni o di ore. Questi infatti sono i soli, in cui la probabilità di un'alienazione nel frattempo dei fondi a successori a titolo particolare sia esclusa.

Questa possibilità però, che mi sembra del resto meramente ipotetica, scolastica, che troviamo costituita una servitù, dove può bastare l'obbligazione, è forse una ragione sufficiente perchè un diritto stabilisca il requisito della durata? Non mi pare. Che danno deriva all'economia fondiaria dal trovare stabilite delle servitù là dove basterebbe l'obbligazione? Nessuno, perchè siccome l'obbligazione non può bastare come dissi che nei casi, in cui non è verisimile il passaggio dell'uno o dell'altro fondo a successori a titolo particolare dei contraenti, finchè l'utilità della servitù non sia esaurita, è chiaro che tanto onere porta la servitù quanto l'obbligazione, che quella non ha neanche tempo di far sentire

la sua potenza di diritto reale. Che cosa abbiamo adunque in tal caso? Nient'altro che un uso inopportuno ma anche innocuo fatto dalle parti di un istituto, mentre basterebbe un altro. Ma questa non è cosa, di cui il diritto si deva preoccupare. Il diritto deve adattare i suoi istituti ai bisogni della vita, ma il mal uso che ne possano fare le parti, data sempre la sua innocuità, è una possibilità ch'egli non deve contemplare, mettendo requisiti destinati a evitarla. Niuno dubita ad es. che il nostro diritto commerciale ammette la cambiale come mezzo di garantire i crediti di somme importanti. Ma esso non dice che la cambiale sarà valida solo per tali somme. E padrone chi vuole di farsene firmare una per un credito di cinque centesimi e la cambiale è valida. E così niuno dubita che il diritto romano creò la servitù in vista di condizioni di fondi e fini, in cui l'obbligazione non basta; ma questa non è una ragione per dichiararla invalida, dove l'obbligazione basta, perchè ripeto, da questo errore delle parti un danno qualsiasi non può derivare. Se il diritto romano adunque avesse stabilito il requisito della perpetua causa nel senso del WINDSCHEID, egli non avrebbe fatto altro che sostituire molto inopportunamente il senno proprio a quello delle parti contraenti nella scelta dei mezzi atti a raggiungere il fine, che si pongono.

Del resto, come dissi, l'ipotesi qui fatta non è pratica. E questo mette in rilievo il vizio capitale della esigenza della durata delle servitù. Il vizio sta in questo, che se questa esigenza si dirige solo contro questa ipotesi di una servitù momentanea il requisito della durata sarà in pratica come non scritto. Se invece si dirige contro altri casi non fantastici ma pratici di servitù non durature, esso è ingiustificato e dannoso sempre. Perchè in pratica i bisogni dei fondi e la loro capacità di prestazione nei casi, in cui le parti pensano a ricorrere alla servitù, una certa maggiore o minore stabilità la hanno sempre, e quindi è sempre possibile nel frattempo quel passaggio dei fondi a successori a titolo particolare, che legittima l'applicazione della servitù. Il requisito della durata, verrebbe sempre così ad escludere la servitù, dove precisamente c'è il bisogno di essa.

Si è pensato poi all'arbitrio, all'incertezza, che introdurrebbe nella pratica giuridica un simile requisito? Il WINDSCHEID dice che esso si può applicare più o meno strettamente e che la pratica avrà il diritto di applicarlo con libertà.<sup>1</sup> Io so bene ora che molte volte la legge può e deve concedere al giudice una grande libertà di giudizio nell'applicare misure e criteri di necessità assai elastici. Primo a darcene l'esempio è il diritto romano, lasciando così indeterminato il requisito del *longum tempus* pel valore del diritto consuetudinario, fissando la misura della diligenza di un buon padre di famiglia, invitando il giudice a tener conto dell'affetto, rimettendogli la stima delle ingiurie e d'altre lesioni d'interessi non patrimoniali ecc.<sup>2</sup> Ma qui povera pratica e povera libertà! Qui non è luogo che a licenza e ad arbitrio per la pratica, e alla completa mancanza di criteri per regolarsi. Non sempre è determinabile prima la quantità del bisogno del fondo dominante, non sempre è determinabile la capacità di prestazione del fondo serviente. Quando pur siano determinabili, come si farà a dire: questo è un bisogno o una capacità duratura e quello no? C'era almeno del buon senso nella formula dell'ELVERS, secondo il quale esiste la durata, se c'è "l'imprevedibilità della fine della servitù."<sup>3</sup> Almeno questo è un criterio di facile applicazione. Ma la "durata" così in generale non è un'idea, che in questa materia sia suscettibile di un'applicazione anche approssimativamente buona ed esatta. A rendere impacciati a giudicar della durata del bisogno possono influire anche altre circostanze indipendenti dalle condizioni dei fondi. Sarebbe p. es. duraturo il mio bisogno di acqua, se questa mi occorre per una risaia, che dovrò, secondo i termini di una nuova legge, distruggere tra due o tre anni, perchè essa si trova troppo vicina all'abitato? O sarà duratura viceversa l'attitudine del mio fondo a soddisfare il bisogno che ha il fondo serviente di acqua, se il mio fondo è un lago

<sup>1</sup> *Op. cit.*, *loc. cit.* Al criterio del giudice si rimette anche l'ELVERS, *op. cit.*, pag. 160.

<sup>2</sup> V. IHERING, *Ein Rechtsgutachten betr. die Gäubahn nei Gesamm. Aufs.*, III p. 174.

<sup>3</sup> V. ELVERS. *op. cit.*, p. 159.

privato, che tra qualche anno per legge dovrà essere prosciugato? Il lettore troverà di per sè facilmente altri esempi.

Queste osservazioni mi paiono così prossime e così decisive contro la pratica opportunità del requisito della perpetua causa, che io sono costretto a ricercare come mai il WINDSCHEID fu tuttavia indotto a sostenere non solo che sia esistito in Roma, ma che deva ancora esistere. Io credo che siamo innanzi ad un derivato di un'idea, che non è del resto di lui solo, ma anche di quanti fanno consistere il requisito della perpetua causa della servitù nella "durevolezza" di questa sia pure per le sole condizioni del fondo serviente. Una dura necessità (si pensi solo alle servitù d'estrazione di minerali) impose agli scrittori di parlar di "durevolezza" in luogo di "perpetuità" della servitù; ma ci vuol poco a vedere che quest'idea della "durata" veramente non si sostiene, se non perchè balena ancora innanzi alla mente di troppi un ideale di servitù, quello che pareva concretato nel requisito della perpetua causa rigidamente inteso come perpetuità della servitù, l'ideale cioè della servitù eterna. Negli interpreti antichi del diritto romano questo ideale lo troviamo espresso. Tolgo dall'HEINECCIO questa citazione del GALVANO: *servitus... non nisi in perpetuum recte constituitur sive quia iungitur praedio et fit quodammodo pars et qualitas adiciens ipsum praedium, quod naturaliter perpetuum est; sive quod constituitur servitus ad perpetuam utilitatem praedii dominantis quod suapte natura non modo nunc, sed etiam semper desideratum est*; <sup>1</sup> e l'opinione del Galvano è pur di altri. <sup>2</sup> Dai moderni che la servitù deva durar quanto i fondi non si dice; ma a me sembra che la servitù, la quale aderisce ai due fondi e li accompagna eternamente finchè essi durano, sia ancora nella mente di molti la servitù tipo, la servitù dalle linee classiche, insomma la servitù idealmente perfetta. Questo ideale ora è degno di metafisici e non di giuristi. Esso suppone due cose ugualmente inesistenti: il perpetuo bisogno di un fondo da un lato, la perpetua attitudine a soddisfarlo dall'altro. Bisogni perpetui dei fondi

<sup>1</sup> HEINECCIO, *op. cit.*, § 17.

<sup>2</sup> V. HEINECCIO, *op. cit.*, § 12.

non esistono; essi sono tutti di necessità bisogni transitorii. I bisogni dei fondi sia rustici che urbani derivano infatti normalmente dalla destinazione economica data a loro, e questa destinazione muta spesso in breve spazio di tempo. Così converto il prato, che ha bisogno d'acqua, e per cui mi è necessario l'acquedotto, in un vigneto, e dell'acquedotto non ho più bisogno; la casa d'abitazione, che avea bisogno di una servitù di luce, la converto in un magazzino di deposito, e non ho più bisogno della stessa quantità di luce di prima. I più stabili sono i bisogni derivanti dalla situazione dei fondi. Ma anche qui si è sempre innanzi a bisogni transitorii. Se oggi il mio fondo non confina colla via pubblica, ho bisogno della servitù di passaggio; non ne ho più bisogno, se si apre una nuova via lungo i suoi confini. L'uomo stesso può talora cercare e trovare nel proprio fondo ciò per cui si serviva di un altro. Avevo l'haustus ad es. dal pozzo del vicino; non ne ho più bisogno se scavo un pozzo nel mio, ecc. Tutto questo ora i romani se lo sapevano. Essi infatti contemplanò il caso che il bisogno di un fondo finisca. E di vero quando il diritto romano stabilisce che le servitù finiscano per non uso o per usucapio libertatis, esso parte dalla considerazione che può verificarsi il caso che della servitù non si usi per lungo tempo e non si si opponga a che il vicino riprenda ed eserciti la sua libertà d'azione. Ora è chiaro quand'è che ciò si verifica; ciò si verifica quando non c'è più bisogno di far uso della servitù. Questo è il caso normale, in cui tal cessazione d'uso o tale non opposizione ha luogo. E precisamente perchè questo è il caso normale, il diritto romano stabilisce che il non uso o l'usucapio libertatis pongano un fine alla servitù. È giusto che la servitù finisca, se non serve più a nulla. Solo il diritto romano lega saviamente la fine della servitù non al momento, in cui il bisogno cessa, ma ad un fatto, che è come una confessione del titolare che la servitù non gli serve più, che non tiene più ad essa. Anche le perpetue attitudini dei fondi a soddisfare i bisogni d'altri fondi sono un mito. I giuristi romani contemplanò bene il caso che la fonte inaridisca<sup>1</sup> che il fiume muti

<sup>1</sup> l. 24. § 1. D. s. p. r. 8. 3.



corso.<sup>1</sup> E così finiscono i banchi d'arena, d'argilla, finiscono le pietraie, finisce il prato di poter servire al pascolo, se resta inghiaiato, il bosco di poter servire all'estrazione di pali, se resta incendiato, ecc. Si vede adunque: al diritto romano questo ideale di una servitù eterna é ignoto. Per esso la servitù è quel che non può essere che non sia: un diritto passeggero legato ad una condizione di cose passeggera. Una volta ora che si riconosca questo, appare che non v'ha ragione di escludere la servitù nei casi, in cui si capisce che verrà presto meno o il bisogno o l'attitudine a soddisfarlo, per lasciarla sussistere nei casi in cui l'uno e l'altro cesseranno tardi; che non v'ha ragione in altri termini di esigere una transitorietà minore ed escluderne una maggiore. Si deve invece ammettere per valida la servitù tutte le volte che un bisogno di un fondo può essere in tutto o in parte soddisfatto da un altro.

Un'ultima osservazione ancora, diretta questa non tanto contro la praticità della durezza della servitù, quanto contro la esistenza stessa di un simile requisito nel diritto romano. Chi vuole che la servitù sia duratura per le condizioni o del fondo serviente soltanto o anche del dominante, chi trova in questa esigenza della durezza un principio praticamente buono, non dovrebbe esigere solo che la durezza dipenda da codeste cause, ma esigere anche che, quando si costituisce la servitù, tutte le condizioni, che assicurano la sua durezza, siano presenti e non quelle sole dipendenti dalla struttura del fondo serviente e dal bisogno, cioè dall'impiego che si fa del dominante. Ora questo non si esige. Si accettano invece senza discuterle certe norme del diritto romano, che concedono che la servitù sorga in condizioni tali, in cui evidentemente la garanzia della durata non c'è. Ricordo due leggi: l. 5 D. si serv, vind, 8. 5.; et ideo si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat eis altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis. — l. 20 § 1. D. s. p. r. 8. 3. si tamen fundus, cui servitus debetur, certis regionibus inter plures dominos divisus est, quamvis omnibus partibus servitus

<sup>1</sup> l. 3 § 2. D. de aq. cott. 43. 20.

debeatur, tamen opus est, ut hi, qui non proximas partes servienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi divisi habeant, aut si proximi patiantur, transeant. Queste leggi sono molto significative. Noi vediamo in esse ammesse per valide servitù in due casi, in cui non per causa di condizioni del fondo servente o del dominante, ma solo per non servire il fondo intermedio non c'è nessuna garanzia che la servitù duri. Il proprietario del fondo intermedio può, quando vuole, alzare la sua casa, o può impedirmi di passare togliendomi la precaria concessione fattami. O perchè, chiedo io, non si combattono questi principi? Per qual ragione si esigono certe condizioni di durata e non si esigono altre, ma invece si riconoscono valide servitù, che possono finire da un momento all'altro? Il perchè non si vede per la semplice ragione che il perchè non c'è. Queste due leggi in realtà vanno messe insieme cogli altri fatti rilevati nel § precedente,<sup>1</sup> contrari a questo requisito della durevolezza della servitù. Noi innanzi e ad esse e a questi fatti dobbiamo dire che il diritto romano della durata della servitù se ne infischiaava altamente. La prima di queste leggi contiene l'espressione esatta del pensiero romano in questo proposito. Dice Paolo: donec tu non extollis est utilitas servitutis. Sono parole che dicono in succinto quel che io ho detto lungamente. Esse dicono che la servitù sta, perchè la servitù giova, benchè possa giovare anche pochissimo tempo; esse dicono insomma che per un romano la servitù si dovea ammettere in tutti i casi, in cui poteva giovare o molto o poco, o sicuramente o no, o in tutto o in parte, insomma sempre che, ripeterò la formula di prima, ci sia un bisogno di un fondo che può essere soddisfatto da un altro fondo.

Mi sono occupato a lungo di questa giustificazione addotta dal WINDSCHEID del principio della perpetua causa, com'egli lo intende, perchè veramente è una giustificazione molto appariscente di un principio formulato da lui in maniera ragionevole. Gli altri scrittori non tentano neppure di addurre delle ragioni pratiche, da cui i romani sarebbero mossi nello

<sup>1</sup> V. la nota 1 pag. 28 e la nota 1 pag. 32

stabilire il requisito della perpetua causa com'essi lo intendono. E veramente lo intendono in modo tale da dover dire che solo un legislatore privo assolutamente non solo di senso pratico, ma di senso comune potea stabilirlo.<sup>1</sup> Ma io credo di essermi trattenuto anche troppo intorno a queste possibili fonti e ragioni della perpetua causa e rinuncio quindi al piacere di una facile dimostrazione di questo punto, dimostrazione non necessaria per l'evidenza del fatto e perchè non giova combattere ciò che nessuno difende.

Posso senz'altro concludere adunque che il requisito della perpetua causa, comunque inteso dagli scrittori, è privo non solo di ogni ragione logica di essere, come un derivato d'altri principii romani in materia di servitù, ma anche di ogni ragione pratica. Quei principii sono contrari al requisito della perpetua causa, perchè per essi la servitù ha un'espansione naturale, che la perpetua causa restringe. E le ragioni pratiche sono tutte per lasciare alla servitù questa espansione. La perpetua causa è così in ogni caso un principio cattivo. È vero che nella mente di parecchi scrittori il nostro requisito si riduce ad esposizione sotto forma generale delle sole sentenze contenute nelle nostre fonti per certi casi pratici, onde si può dire che, se diciamo cattivo il requisito, veniamo a dire che son cattive le sentenze in discorso. Ma dal punto di vista da cui movemmo a far questo esame della bontà del

<sup>1</sup> Ad es. è opinione comune che la perpetua causa consista nell'esigenza sola che il fondo serviente possa durevolmente giovare al dominante, e non anche nell'altra che il bisogno del dominante deva essere duraturo; basta dunque un bisogno transitorio. Il che vuol dire che in forza della perpetua causa non si concede che sorga la servitù per un bisogno che sarà di cento, se non quando il fondo serviente potrà soddisfare per mille! — L'ELVERS (v. n. 1 pag. 4) si accontenta che la durata della servitù sia possibile e non certa, come vuole il WINDSCHEID; ma a che può mai servire l'esigenza di una mera possibilità di durata disgiunta da ogni garanzia, che non si verifichi una realtà contraria? — Pel DERNBURG i romani volevano che il bisogno del fondo dominante non derivasse immediatamente da un'attività del proprietario dominante. Siccome però i fondi di per sé non hanno bisogni, ma il bisogno lo hanno e lo sentono i proprietari dominanti in dipendenza da un impiego, che fanno del fondo, cioè da un'attività, che esercitano in esso, si domanda come mai i romani poteano venire a stabilire una regola simile e in particolare che criterio poteano applicare per distinguere i bisogni derivanti immediatamente o mediamente da codesta attività. Obbiezioni non meno gravi di queste si possono fare contro ogni altra formula.

nostro requisito, ciò non importa nulla. Per noi si trattava di ricercare, prescindendo da codeste sentenze, il punto di partenza logico o pratico, da cui il diritto positivo romano avrebbe dovuto e potuto partire ad affermare quei vari concetti generali, che, secondo le varie opinioni, formano il contenuto del requisito della perpetua causa. E abbiamo visto che non si può trovare nè l'uno, nè l'altro; che invece il senso giuridico comune condanna codesti concetti. Onde in ogni caso alle sentenze effettive dei romani e non alle supposte<sup>1</sup> noi siamo autorizzati a ricercare diversa ragione. Le sentenze staranno, ma non attribuiremo in base ad esse ai romani idee assurde, che nessun diritto positivo, per poco assennato che sia, può professare.

Del resto non tutti gli scrittori restringono l'efficacia del nostro requisito a quei casi. Io ho accennato già che alcuni ricercarono altri esempi di servitù prive di perpetua causa.<sup>2</sup> L'ELVERS ne cita due: l'uno è una servitù d'estrazione di minerali per un grande bisogno su di una cava prossima ad essere esaurita.<sup>3</sup> Io ho già detto ora che danno ci sarebbe se un diritto dichiarasse invalide le servitù non durature come questa. Come esempio di servitù priva di naturalezza, in quanto la possibilità del suo esercizio dipende da un'attività del proprietario serviente, l'ELVERS cita quello di uno che si facesse costituire il diritto d'immettere il fumo del vicino nella propria stanza da affumicare.<sup>4</sup> Questo è un esempio ridicolo. Il WINDSCHEID cita il caso di un dilettante d'astronomia, che si facesse costituire il diritto di collocare degli strumenti astronomici sulla terrazza del vicino. L'esempio dovrebbe servire nell'opinione del WINDSCHEID ad illustrare la necessità di un bisogno duraturo del fondo dominante. In questo caso il bisogno del fondo dominante, dice il WINDSCHEID, non sarebbe duraturo, perchè non sa si vedere a che altro abitante della casa possa giovare quel diritto di disposizione del fondo vicino.<sup>5</sup> È chiaro però che l'esempio è erroneo, perchè in tale

<sup>1</sup> Supposto è che nel caso del flumen contemplato nella l. 28. si abbiano le fattispecie descritte alla nota 1 pag. 77.

<sup>2</sup> V. nota 1 pag. 3.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, pag. 160.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pag. 158.

<sup>5</sup> *Pand.*, I. § 209 n. 8.

ipotesi la servitù anzi tutto non soddisfa alcun bisogno del fondo, ma il bisogno di una persona. Finalmente il VANGEROW come esempio di servitù priva di durevolezza per le condizioni del fondo serviente cita il caso di una servitù d'estrazione di arena da un fondo, in cui un accidente naturale, come una frana, fece cadere un mucchio di arena.<sup>1</sup> Qui dirò che se quel mucchio di arena finì coll'incorporarsi col fondo, non c'è ragione di escludere la servitù, come non c'è ragione di escluderla nell'ipotesi presso che identica fatta dall'ELVERS. E se non s'incorporò col fondo, allora non è necessario ricorrere al requisito della durevolezza, per escludere la servitù, ma basta notare che la servitù colpirebbe non più il fondo, ma una cosa mobile contenuta in esso, onde il solo principio che il servizio dev'essere reso dal fondo basta ad escluderla.<sup>2</sup> Questi esempi pongono così il suggello alla nostra argomentazione. Essi dimostrano che della perpetua causa non c'è bisogno per escludere le servitù, che vanno escluse; essa non serve che ad escludere anche quelle che vanno ammesse.

Visto tutto questo, non è da meravigliare, se il requisito della perpetua causa è così generalmente caduto senza lode e senza rimpianto. Le nazioni attuali, il cui diritto si collega alla tradizione giuridica romana non lo conoscono.<sup>3</sup> Un po' di lotta si combatte ancora in suo favore in Germania, come la nazione, in cui il senso giuridico pratico è troppo spesso vinto dalle tendenze filosofiche e dai ricordi eruditi. In complesso si può dire che la servitù prediale romana fu da tutti accettata, ma la perpetua causa da nessuno. Questo fatto ci deve confermare nella nostra idea, che la perpetuità della causa, come un requisito speciale comune a tutte le servitù al diritto romano fu ignota. Le nazioni, che lo hanno respinto, non hanno modificato il diritto romano delle servitù prediali; lo hanno invece, come tante altre volte, purificato, liberandolo da

<sup>1</sup> *Pand.*, I. pag. 711. Lo stesso esempio su per giù è nel MAYNZ, *Cours de dr. rom.* I pag. 821 n. 11.

<sup>2</sup> V. per la migliore intelligenza dell'obbiezione il § 5 successivo.

<sup>3</sup> A meno che non si confonda il requisito della perpetua causa colla necessità che la servitù sia utile al fondo, come fa il SALKOWSKY (v. la nota 2 pag 6). Ma questa identificazione è fatta da questo solo autore.

una materia estranea aggiuntavi dagli interpreti e anzitutto dal nostro glossatore.

#### § 4.

Forse si avrebbe prima d'ora dubitato della genuinità della nostra regola, se non si fosse creduto di trovare che essa corrispondeva in tutto e per tutto ad un'altra regola in materia di servitù, cioè a quella conservataci nella

l. 4 pr. D. de serv. 8. 1. *Papinianus libro septimo quaestionum*. Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam conditionem (verbi gratia "quamdiu volam,") constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.

Io ora non intendo d'innestare una ricerca sull'altra, cioè la ricerca del vero significato di questa legge e delle sue ragioni logiche o pratiche o storiche in questa che sto facendo rispetto alla perpetua causa; io mi limito a ricercare se le due regole sono, come si sostiene, parallele, se l'una ha una qualsiasi relazione coll'altra.

Questa relazione vi fu chi la vide in un'eguaglianza loro di contenuto e di effetto, e chi la vide semplicemente in una comune derivazione d'entrambe.

Cominciando dai primi, l'eguaglianza di contenuto e di effetto starebbe in ciò che questa regola provvede ad assicurare la durata delle servitù, come provvede allo stesso fine la perpetua causa intesa nel senso della durata, o sia pure della naturalezza, ma in quanto questa è condizione sine qua non della durevolezza della servitù. La perpetua causa impedisce che sorgano servitù non durature per le condizioni di fatto dei fondi; la l. 4 in discorso mira ad impedire che neppure il volere delle parti espresso sotto forma di condizioni e di termini possa rendere non duratura la servitù.<sup>1</sup>

Contro a questo intanto va ora notato che in ogni caso

<sup>1</sup> V. DERNBURG, *Pand.*, I, § 240. BIANCHI, *Op. cit.*, pag. 197.



solo una parte della regola della l. 4, e precisamente quella secondo cui non si può aggiungere alle servitù nè termini ad quem, nè condizioni risolutive può parere affine a quella della perpetua causa intesa nel senso della durata (nè in altro senso si afferma codesta affinità); ma a nessuno potrà parere mai che sia affine alla regola della perpetua causa anche la regola che una servitù non possa costituirsi con termini a quo o sotto condizione sospensiva. Una simile regola risguarda il principio della servitù e non la sua fine; essa adunque non può avere nulla a che fare colla perpetuità della causa. Ciò è confessato del resto esplicitamente dal VANGEROW, il quale appunto distingue le due parti della regola della l. 4, e mentre connette alla perpetua causa l'una, dichiara che l'altra relativa all'esclusione di condizioni sospensive e di dies a quo ha tutt'altro fondamento e non ha insomma colla perpetua causa la menoma affinità.<sup>1</sup>

Ma a me par chiaro che neppure l'esclusione di termini ad quem e di condizioni risolutive ha a che fare colla perpetua causa. Manca tra i due principii anzi tutto l'uguaglianza di effetto. In forza di codesta esclusione infatti e in quanto dipende da essa la servitù non è solo duratura, ma veramente perpetua. Ora l'idea di durevolezza non è affine, ma contraddittoria a quella di perpetuità. C'è un punto capitale in cui discordano; la durevolezza ammette una fine; la perpetuità non l'ammette. C'è quindi minor contraddizione tra le idee di momentaneo e duraturo, che tra quelle di duraturo e di perpetuo. Di modo che o si spinge il requisito della perpetua causa fino a farlo consistere nella perpetuità della servitù e allora si avrà armonia tra esso e la parte della l. 4, che stiamo considerando. O non si fa ciò e ci si limita a parlare di durevolezza soltanto, come fanno, costretti a ciò dalle ragioni vedute, gli scrittori, e allora si deve dire che quell'armonia non c'è più, che v'ha invece contraddizione aperta.

Questo però è il meno. Più importante si è notare che pur questo effetto di rendere perpetua la servitù, non è un-

<sup>1</sup> *Pand.*, I, pag. 711.

effetto che il diritto romano *voglia*, un effetto cioè per ottenere il quale sia stata appositamente stabilita l'esclusione dei termini ad quem e delle condizioni risolutive. Infatti la l. 4 non contiene due regole indipendenti, ciascuna delle quali abbia un proprio scopo, ma ne contiene una sola. Papiniano distingue benissimo fra termini a quo e ad quem, fra condizioni sospensive e risolutive, ma anzitutto non raggruppa i termini a quo colle condizioni sospensive e i termini ad quem colle condizioni risolutive, ma unisce invece termini a termini, condizioni a condizioni, di modo che anche pel modo, in cui scrive, appare, che egli trovava incompatibile colle servitù l'aggiunta di termini, qualunque fossero, di condizioni qualunque fossero; è il termine, è la condizione come tale, non perchè sia di un genere o dell'altro, che è incompatibile colla servitù. Egli avrebbe potuto scrivere la sua regola così brevemente come scrisse l'altra sugli actus legitimi: l. 77 D. de reg. iur. 50, 17, "actus legitimi qui non recipiunt diem vel condicionem veluti," etc. Dal che risulta che non è lecito scindere la regola in due, secondo i diversi effetti delle condizioni sospensive e dei termini a quo da un lato, delle condizioni risolutive e dei termini ad quem dall'altro, quasi che la l. 4 intenda di escludere per diverse ragioni questi diversi effetti; ma dobbiamo dire che siamo innanzi ad un'unica disposizione, la quale esclude termini e condizioni per ciò che hanno di comune e non per ciò che hanno di particolare, secondo che sono di un genere o dell'altro, secondo che cioè sospendono o risolvono gli effetti dell'atto giuridico. Io ora non indagherò che cosa sia quell'elemento o carattere comune, che hanno termini e condizioni, per ragione di che la l. 4 non permette che si aggiungano alle servitù, io mi limito solo a constatare che una volta presa la l. 4 in blocco come contenente un'unica regola, avente un'unica ragione, sparisce sin l'ombra di un'affinità fra questa regola e quella della perpetua causa. Quest'ultima vuole che la servitù duri; la l. 4 non vuole questo; vuole qualche altra cosa che si verifica anche se il termine è a quo, anche se la condizione è sospensiva, dunque qualche cosa che non può aver nulla a che fare coll'imprevedibilità della fine della servitù, colla sua durata, con qualun-

que altra insomma di quelle idee, che si vedono espresse nel requisito della perpetua causa.

Perciò è certo meglio consigliato chi cerca di trovare fra la l. 4 e la perpetua causa una relazione consistente soltanto in una comune derivazione delle due regole. Questa opinione ha almeno un pregio negativo: essa considera le disposizioni della l. 4 come una disposizione unica, come una sola norma; essa confessa che non c'è un'uguaglianza di contenuto e di scopo tra la regola della l. 4 e quella della perpetua causa; solo cerca di trovare a entrambe una ragione comune. È però evidente che trovare questa ragione comune non è cosa umanamente possibile; quelle due regole sono troppo diverse l'una dall'altra, perchè possano derivare da una stessa fonte. Niuna meraviglia perciò se la ragione comune, che trovò l'ELVERS, che è l'unico scrittore a mia saputa, il quale si sia messo per questa via, è degna di lui, cioè fantastica. In succinto l'ELVERS dice questo: la perpetua causa è esatta perchè le servitù, secondo i romani, devono imitare la natura; la regola della l. 4 ha lo stesso motivo; prova ne sia che per gli actus legitimi vale la stessa regola e gli actus legitimi imitano la natura.<sup>1</sup> Dichiaro ora che questa opinione io non la ricordo che per completezza di esposizione. Vedemmo già prima che nulla dice che per i romani le servitù dovessero imitare la natura. Aggiungo qui che per trovare che tutti gli actus legitimi imitano la natura, bisogna addirittura abbandonarsi a degli esercizi acrobatici, e niente altro che acrobatismi sono le ragioni, secondo le quali l'ELVERS giunge a vedere in ogni actus legittimo un'imitazione simile. Queste ragioni nè le cito, nè le confuto; rinvio il lettore al libro dell'ELVERS; dinanzi a certe asserzioni la critica ha il solo dovere di passar oltre.

Il preteso parallelismo fra la l. 4 e la perpetua causa è così immaginario. Ciò non toglie che la l. 4 non serva veramente a qualche cosa in questa materia della perpetua causa; ma essa serve non a provare l'esistenza di questo requisito, bensì a provarne l'inesistenza. Che cosa dice infatti codesta legge? che bensì ipso iure le servitù non possono costituirsi sotto-

<sup>1</sup> *Op. cit.*, § 19.

termine o sotto condizione, ma che però, se il termine o la condizione si aggiungono, "pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti"; ciò piacque a Sabino e a Cassio. Io lascio qui di esaminare la questione, a cui ha dato origine questa concessione, cioè come avvenga che mentre l'aggiunta di condizioni e termini agli actus legittimi "qui non recipiunt diem vel condicionem", li annulla, qui invece l'annullamento non ha luogo. Mi limito invece a considerare soltanto lo stato pratico di diritto, che risultava da una simile concessione. Ora lo stato di diritto era questo, che le servitù, se si costituivano con una condizione risolutiva o con termini ad quem (qui non occorre considerare che queste aggiunte all'atto) non erano più esercitabili, verificata la condizione, scaduto il termine. Già al tempo di Sabino adunque il diritto romano ammetteva che le parti potessero validamente ordinare che la servitù fosse esercitata anche solo brevissimo tempo; niente infatti impediva alle parti di prescrivere un termine breve, di fissare una condizione, che poteva scadere tra poco tempo. Guardisi ora la l. 28 di Paolo, e si troverà che questa presenta il requisito della perpetua causa, come ancora in pieno vigore al tempo di Paolo. Ma non è chiaro ora, che se perpetua causa in questa legge indica la durata della servitù, tra il principio pretorio della l. 4 ed il principio civile della l. 28 c'è assoluta incompatibilità? Quel principio ammette per valide servitù non durature; questo esige però che codeste servitù non durature abbiano in sè le garanzie naturali della durabilità. Ora questo è assurdo. Se il diritto ammette che per volere delle parti la servitù non possa durare che breve tempo, perchè, scorso il breve termine fissato, se io vorrò esercitarla, mi si potrà opporre l'exceptio doli e la servitù si spegnerà quindi poi anche civilmente per non uso o per usucapio libertatis, come può egli esigere che le condizioni di fatto siano tali da garantire l'esercitabilità della servitù anche molto oltre il tempo in cui io potrò esercitarla, molto oltre il tempo anzi in cui la servitù sarà estinta? A che si esige che il fondo serviente abbia una capacità di prestazione per vent'anni, se io tanto non potrò usar di quella sua capacità che per un mese? O viceversa a che si esige che il bisogno

del mio fondo dominante duri vent'anni, se ancora io non lo potrò soddisfare che per un mese? A me sembra evidente quindi che il pretore, che introdusse l'innovazione pretoria della l. 4., avrebbe dovuto anche, dato che il requisito della perpetua causa fosse esistito, introdurre una corrispondente innovazione anche per questo.<sup>1</sup> Invece no; secondo la l. 28 questa innovazione ulteriore non era fatta al tempo di Paolo e solo, se crediamo agli scrittori, il requisito della perpetua causa avea subito qualche particolare temperamento in relazione a certe servitù di estrazione d'acque. Per circa duecent'anni, quanti ne corrono da Sabino a Paolo, avrebbero coesistito così due principî: il pretorio della l. 4 e il civile della l. 28, di cui l'uno diventava assurdo, una volta ammesso l'altro; e Giustiniano avrebbe confermato questo stato di cose, Giustiniano a cui tutto si potrà negare fuorchè il senso e il senno pratico legislativo! Questo è impossibile e questa impossibilità ci riconduce quindi per forza alla nostra tesi dell'inesistenza del requisito della perpetua causa nel senso almeno, che è il più comune, della durata.

Vi siamo condotti anche per un'ultima ragione. Io ho citata sopra<sup>2</sup> una serie di casi, in cui la servitù è valida, benchè sia destinata a finire presto, o possa almeno finir presto, perchè la capacità di prestazione del fondo serviente non è duratura, o perchè non è duraturo il bisogno del fondo dominante, o perchè il fondo intermedio non serve e ne concludi che il diritto civile romano non avea dunque nessuna antipatia contro servitù non durature. Questa conclusione ora riceve ampia conferma dal fatto, che noi troviamo pure nelle fonti un'altra serie di casi, in cui la servitù è ammessa per valida, benchè deva cominciar solo da un certo tempo. Così è concesso costituire una servitù su di un edificio futuro (l. 13 § 1 D. s. p. u. 8. 2); è concesso farci costituire una ser-

<sup>1</sup> La necessità che caduta una regola cada anche l'altra fu benissimo vista dal CHIRONI, *Ist. di dir. civ. it.*, I pag. 273: "la servitù può essere costituita puramente o sotto condizione: e perchè non deve aver causa *perpetua*, così si può costituire *ex die*, e *ad diem*... La proposizione inversa, che io affermo nel testo, è altrettanto evidentemente giusta,

<sup>2</sup> V. le note 1 pag. <sup>28</sup> ~~24~~, 1 pag. <sup>70</sup> ~~68~~, e pag. <sup>51</sup> ~~49~~.

vitù di via sopra un fondo non vicino al nostro, servitù, che diventerà valida, se si acquisterà lo stesso diritto sul fondo intermedio (l. 7 § 1. D. comm. praed. 8. 4.). Queste leggi hanno posto in grave imbarazzo gli interpreti. Come mai, si chiese, il diritto romano ammette questo, mentre nega validità alla servitù stabilita con termine a quo o condizione sospensiva? Io non risponderò a questa domanda. Io mi limito a notare l'evidente parallelismo rispetto alla l. 4. tra questa serie di casi e quella prima. Questi stanno al divieto di termini a quo e di condizioni sospensive, come quelli stanno al divieto di termini ad quem e di condizioni risolutive. Gli uni dimostrano che il diritto civile romano poteva esser contrario all'aggiunta di termini a quo e di condizioni sospensive all'atto giuridico costituente la servitù, ma non era contrario a che per altre cause la servitù cominciasse da un dato giorno o dal verificarsi di un certo fatto posteriore all'atto costitutivo; gli altri dimostrano che il diritto civile romano poteva esser contrario all'aggiunta di termini ad quem e di condizioni risolutive, ma non era contrario a che la servitù potesse essere per altre cause non duratura. Il rapporto è così evidente, che riesce, come ho detto, confermato da esso il significato, che abbiamo dato nel corso del nostro lavoro a quei fatti, da cui appare la possibilità di una servitù non duratura, comene esce confermato il significato dei fatti, da cui appare la possibilità di una servitù valida, benchè deva cominciare da un dato tempo.

Ed ora si spiega benissimo come il pretore potè introdurre la sua innovazione e come questa non trovò verun ostacolo da parte della giurisprudenza. Il divieto civile d'aggiungere termini e condizioni alle servitù avea effetti, che il diritto civile romano stesso non voleva. Questo non conosceva il principio che la servitù non possa cominciare da un tempo posteriore a quello dell'atto costitutivo o il principio che la servitù non deva finir mai; questo conosceva solo un'antica regola, che vietava l'aggiunta di termini e di condizioni. Ma questa regola produceva nell'applicazione degli effetti, che il diritto civile romano non considerava inerenti all'indole e allo scopo delle servitù, degli effetti ch'esso subiva e non voleva. Il pretore colla sua innovazione lasciò intatta la regola del diritto



civile, ma ne tolse di mezzo gli effetti e creò così uno stato di diritto armonico. Ora la servitù comincia da un certo tempo e finisce in un certo tempo non solo se ciò deriva da altre cause, ma anche se ciò deriva dalla mera volontà delle parti espressa in forma di condizioni e di termini. L'inesistenza del requisito della perpetua causa nel senso della durata mette così le cose a posto, quanto la sua asserita esistenza le scompiglia. Sopra tutto appare il punto d'attacco dell'innovazione pretoria. Questa si connette alla possibilità che l'esercizio della servitù sia sospeso fino a un certo tempo o finisca in un certo tempo ammessa già dal diritto civile come compatibilissima colla natura delle servitù. Il pretore svolge ed estende codesta possibilità, permettendo alle parti di fissare termini e condizioni, ciò che il diritto civile non concedeva, ma non concedeva per una regola, che colla natura delle servitù, quale esso stesso avea mostrato di conoscere, non avea nulla a che fare, che era anzi in aperta opposizione con essa.

#### § 5.

Dovrei qui ora esaminare se, come si sostiene, nelle nostre fonti si trovano altre applicazioni del requisito della perpetua causa, come fu inteso dalla scienza sin qui, oltre a quelle vedute nella l. 28 D. s. p. u. e l. 1 § 4 D. de fonte. Questo esame però non è possibile senza far precedere quella ricerca, con la quale parrebbe invece che dovesse finire il presente studio, la ricerca cioè su questi tre punti: 1) quali servitù non erano valide che se si riferivano ad acque aventi perpetuam causam; 2) quale era la ragione prossima per la quale non erano valide che in questo caso; 3) quale è la massima generale in materia di servitù, a cui questa ragione si può ricondurre.

1) Tenuto per dimostrato, ciò che a me sembra indiscutibile, che dalle due leggi ora menzionate risulta che in esse "perpetua causa", esprime solo la qualità dell'acqua di essere viva nel senso di perenne, di continuamente rinnovantesi, e che dall'avere o non aver l'acqua questa qualità dipende la validità o invalidità di una servitù relativa ad essa, la con-

clusione prima, a cui dobbiamo venire, si è che questo principio romano che una servitù relativa ad acqua non sia valida che se l'acqua ha perpetua causa, riguarda solo le servitù relative ad acque raccolte in bacini di qualsiasi genere (cisterne, piscine, laghi, fiumi, torrenti, ecc.) cioè le servitù d'aquae ductus, haustus, pecoris ad aquam adpulsus, e navigandi. Infatti queste servitù non possono riferirsi che a simili acque e queste sole sono anche le acque, nelle quali viene in campo l'antitesi tra acqua perenne e non perenne. Invece il flumen e lo stillicidium non possono riferirsi che ad acqua piovana o ad acqua versata artificialmente a mano in un luogo, ma nè questa, nè quell'acqua può dirsi perenne o non perenne; questi due concetti e termini a simili acque non sono applicabili; e quindi codesto principio per queste due servitù non era evidentemente stabilito; esso non le riguardava nè punto nè poco. Siccome poi haustus, adpulsus, servitus navigandi evidentemente sono concepibili solo come servitù d'uso d'acque, cioè servitù di godimento di un'acqua (si gode di essa, anche se se ne usa solo pel passaggio, come si gode di un fondo, anche se vi si passa soltanto) e l'aquaeductus, che potrebbe concepirsi costituito sia a scopo di scarico dell'acqua che d'uso di essa, non lo si trova servire nelle nostre fonti per la sua assenza che a questo secondo fine<sup>1</sup> così possiamo formulare l'unica regola veramente esistita nel diritto romano in materia di servitù prediali, nella quale entri la perpetua causa, a questo modo: "non si può gravare un fondo di una servitù d'uso d'acque, se non per l'uso d'acque aventi perpetuam causam". Questa regola ora che noi abbiamo costruita in base alla l. 28 e l. 1 § 4 si trova nei digesti ma sciolta in due. Infatti nella l. 1 § 5 D. de aqua cott. 43, 20 Ulpiano scrive: "nulla enim alia aqua duci potest nisi quae perennis est", ove evidentemente l'aquaeductus sta come tipo di tutte le servitù di conduzione, estrazione d'acque e "perennis" indica, per quanto dicemmo, un'acqua, che ha "perpetuam causam". Nella l. 23 § 1 D. s. p. r. 8, 3 poi Paolo scrive: "si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad

<sup>1</sup> V. KELLER, *Pand.*, I, § 65.

fundum vicinum, imponi potest. „ E da questa si desume che neanche una servitù di passaggio per un'acqua era valida, se l'acqua non avea perpetuam causam.<sup>1</sup> Così troviamo affermata la nostra regola per tutti i tipi di servitù d'uso d'acque noti ai romani. Ecco tutto quello a cui si riduce il preteso requisito della perpetua causa delle servitù prediali romane. Per brevità di discorso io indicherò in seguito la regola suesposta col nome di regola ulpiana, riferendomi alla legge ora citata di Ulpiano, che non la contiene è vero tutta, ma che ne contiene la massima parte.

A questa restrizione dell'esigenza che l'acqua abbia perpetua causa alle servitù d'uso d'acque sembra certo opporsi la l. 28 di Paolo, dove, come vedemmo, si esige la stessa cosa per dichiarar validi il flumen e lo stillicidio, cioè due servitù non d'uso, ma di scarico dell'acqua. Ma ci vuol poco a vedere che Paolo in questa legge sia nel temperare l'idea di perpetua causa, sia nell'applicarla a quelle due servitù non segue alcun modello, non si fonda sopra alcun precedente, non sta in un ordine di idee comune ad altri giuristi, ma inventa di suo capo quel temperamento, per fare questa applicazione, e tutto per spiegare così l'antica sentenza di Sabino, di cui non sapea altrimenti darsi ragione. Che codesta spiegazione mediante il requisito della perpetua causa la scovi Paolo stesso, si capisce già dall'indole esplicativa e critica, che hanno le sue parole; egli evidentemente qui non copia nessuno, ma ragiona col suo cervello. Disgraziatamente ragiona male. Egli comincia la sua nota, come vedemmo, con una distinzione oziosa e seguita poi alterando l'idea di perpetua causa del-

<sup>1</sup> Io non so come lo SCHRADER, *op. cit.*, 307 n. 1. desuma da questa legge combinata con l. 1 § 4 che si può avere una servitus navigandi anche su di un lago privo d'acqua viva. Paolo parla di "lacus perpetuus", e questa frase indica un lago provvisto d'acqua viva. L'unico argomento per l'idea dello SCHRADER potrebbe essere questo che un lago provvisto d'acqua viva è pubblico, e quindi su questo non può esistere servitù. Ma non tutti i laghi con una tal acqua sono pubblici; son tali quelli soli alimentati da fiumi perenni; restano esclusi i laghi alimentati da fonti perenni, ed è ad uno di questi che evidentemente pensa Paolo, come appare da ciò che un lago non si può dire essere in un fondo (si lacus perpetuus in tuo fundo est) che se non comunica con un fiume pubblico. V. sui laghi HESSE, *op. cit.*, pag. 244 e gli autori ivi cit. n. 162.

l'acqua, quale risulta dalla l. 1 § 4 e quale egli stesso possiede, come appare dall' "etsi non adsidue fit", per riconoscere una perpetua causa all'acqua piovana e negarla all'acqua versata a mano. Questa mutazione del concetto primitivo di perpetua causa, che pare innocente, finisce ora col creare una vera antinomia colla l. 1 § 4.<sup>1</sup> Perché se non ha perpetua causa la cisterna alimentata dall'acqua piovana secondo questa legge, non potrà mai dirsi che abbia perpetua causa l'acqua piovana stessa come sostiene la l. 28; e se la ha nel senso, che dice Paolo, questa, la ha nello stesso senso anche quella, perchè anche l'acqua nella cisterna è continua nel senso che a periodi più o meno regolari ve n'ha sempre. Dobbiamo quindi dire che veramente Paolo invocò a sproposito pel flumen e lo stillicidium la regola della perpetua causa, che valea per le servitù di uso d'acque, e, invocatala a sproposito, fu costretto a mutare il concetto vero di perpetua causa, che non può applicarsi che a queste servitù, sostituendovene un altro, che avesse senso anche per quelle. Lo sforzo di costruire una nuova idea di perpetua causa e l'incertezza dello scrittore nel far questo risulta da un altro fatto. La l. 1 § 4, non parla che di perpetua causa, le altre fonti vedute non parlano che di acqua perpetua, perenne, viva. E anche Paolo comincia col non parlare che di "perpetua causa", scrivendo: "neque enim perpetuam causam habet quod manu fit.". Ma ecco che per via non basta più il "perpetuus"; entra in campo anche il "naturalis". Egli scrive infatti "stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.". Ed entra in campo come un requisito a sè a lato della perpetuità (nel senso di continuità) mentre nella frase "neque enim perpetuam causam habet quod manu fit", e nell'altra "at quod ex caelo cadit ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur", la naturalezza non è presentata che come una causa della perpetuità e non come qualche cosa di estraneo a questa e di diverso da questa! La nota di Paolo contiene adunque vera-

<sup>1</sup> L'antinomia fu avvertita già dagli antichi. V. HEINECCIO, *op. cit.*, § IX. Lo SCHRADER la riconosce anche lui, solo spiega il fatto dicendo che nel generalizzare il requisito della perpetua causa a tutte le servitù, se ne alterò il concetto, *op. cit.*, pag. 310.

mente una storta applicazione alle servitù di stillicidio e di flumen di una regola, che per esse non era stata posta, che per esse non avea senso, se non alterando del tutto, com'egli fa, l'idea della regola stessa. Questo spiega come solo in questa legge noi troviamo la perpetua causa menzionata rispetto alle servitù di stillicidio e di flumen; mentre invece la perpetua causa entra in campo rispetto alle servitù d'acque in altri testi, che esamineremo in seguito.

Alla sentenza di Sabino, che Paolo spiega così male, è facile trovare la spiegazione vera. Questa si è che la figura, il tipo della *servitus fluminis*, (e ciò che dico per questa vale per lo stillicidio) era sorto come servitù destinata solo allo scolo dell'acqua piovana, che veniva a formare un "flumen", momentaneo, una specie di corso d'acqua. A questa sola ipotesi si adatta il nome di "flumen",<sup>1</sup> e questa sola hanno in vista tutti i nostri testi ove si parla di "flumen".<sup>2</sup> Del resto appare già dalle parole stesse del testo che questa era la ragione, a cui pensava Sabino. Infatti Sabino non dice che nel caso dell'acqua usata a lavare il pavimento, ci sia la fattispecie del "flumen", e solo la servitù sia invalida per qualche motivo; dice invece "id neque flumen esse"; egli nega adunque direttamente che la fattispecie caratteristica del flumen esista. In fondo anche Paolo finisce col non ammettere come possibile un flumen che per l'acqua piovana. La nozione che avea di questa servitù bastava a condurlo a questo. Solo quando volle cercare il perchè di questa tradizionale limitazione, si

<sup>1</sup> VARRO, *ling. lat. fluvius*, — flumen quod fluat continue. — Che nel caso del flumen per l'acqua, con cui si lavò il pavimento, manchi anzitutto la fattispecie della *servitus fluminis* fu già visto dall'HEINECCIO: "quia tametsi per id (scil. foramen) etiam aqua educi soleat, ac proinde proluvis illa, per foramen erumpens, hoc fluminis nomen non incommode ferre videatur, id tamen vocabulum ad aquam dumtaxat pluviam pertineat, ac proinde caelum quod supra id solum intercedit liberum esse debet", *op. cit.*, § VII.

<sup>2</sup> V. ad es. l. 1 § 17 D. aq. pl. arc. 39. 3. Item sciendum est hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat: ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista, agi autem ita poterit, ius non esse stillicidia flumina immittere. et ideo Labeo et Cassellius aiunt aquae pluviae arcendae actionem specialem esse, de fluminibus et stillicidiis generalem et ubique agi ea licere. Cf. il § 19 eod. che contempla precisamente il caso di aqua pluvia che "ex aedificio urbano noceat."

smarri. Sfuggitagli la ragione storica, ne cercò una nelle norme di diritto valenti per altre servitù relative ad acque. Venutogli in mente il requisito della perpetua causa dell'acqua, onde sia valido l'acquedotto, pensò che con questo requisito, che limitava l'impiego dell'acquedotto, si potesse spiegare anche la limitazione dell'impiego della *servitus fluminis*. Così è nata la sua infelicissima nota, che non poteva a meno di trarre fuori di strada gli interpreti.<sup>1</sup>

2) La regola ulpiana non può apparire che strana non solo in vista delle condizioni di cose odierne, ma anche in vista delle antiche, o dirò meglio di ciò che ci dicono gli antichi rispetto ad esse. Gli scrittori romani di cose rustiche parificano in tutto la comodità, che può procurare un pozzo, un'acqua viva in genere a quella che può procurare una cisterna. Sarà meglio che nella villa ci sia un'acqua viva, perchè c'è un risparmio di spesa; ma se, dice Columella, manchi nella villa "*fluens unda*," o "*putealis*," allora "*vastae cisternae hominibus piscinaeque pecoribus instruantur colligendae aquae tandem pluviali*."<sup>2</sup> E Varrone: "*si omnino aqua non est viva, cisternae faciundae sub tectis, et lacus sub dio, ex altero loco ut homines, ex altero ut pecus uti possit*."<sup>3</sup> Del resto poi i romani ricordavano che Roma in origine beveva, benchè non esclusivamente, acqua di cisterne.<sup>4</sup> I giuristi conoscevano il grande uso di cisterne, che per l'alimentazione degli uomini si

<sup>1</sup> Potrebbe qualcuno chiedere come mai Paolo trova nell'acqua versata a mano il vizio che "*manu fit*," come mai parla cioè oltre che di "*perpetua*," di "*naturalis causa*,". Io suppongo che l'antitesi tra acqua naturale e artificiale la abbia presa dalla teoria relativa all'*actio aquae pluviae arcendae*. Certo è che in questa viene spesso in campo la distinzione tra acqua, che corre naturalmente (l. 1 § 10 D. h. t. si aqua naturaliter decurrat; l. 1 § 13 eod. ne aqua quae natura fluat) e acqua, che corre artificialmente (l. 1 § 1 D. h. t. totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter fluere, quam natura soleret... quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur). Paolo trasporterebbe così l'antitesi tra queste due acque, che nel caso, che consideriamo, ha luogo entro l'ipotesi comune di acqua pluvia, nel campo del flumen, ove necessariamente acquista altro senso cioè di antitesi tra acqua piovana e versata a mano. S'intende che questa non è che un'ipotesi, la quale però non mi sembra priva di verosimiglianza.

<sup>2</sup> I, 5.

<sup>3</sup> I, 11.

<sup>4</sup> Frontino, 4.



faceva in Africa.<sup>1</sup> Plinio fa menzione di popoli "pluvia tantum aqua utentes".<sup>2</sup> Il che significa che per i romani l'acqua cisternina fungeva quanto alla stabilità dell'uso, di un uso, s'intende, proporzionato alla cisterna, com'è l'haustus pei bisogni della villa, su per giù nè più nè meno di un'acqua viva. E per la possibilità pratica di un haustus e di un aquae ductus da uno stagno, basterà ricordare, che stagni si trovano menzionati come serventi sino ad haustus e aquae ductus pubblici. La lex Ursonensis dispone infatti: qui fluvii rivi fontes lacus aquae stagna paludes sunt in agro, qui colonis huiusce coloniae divisus erit, ad eos rivos fontes lacus aquasque stagna paludes itus actus aquae haustus iis item esto qui eum agrum habebunt, possidebunt, uti iis fuit, qui eum agrum habuerunt, possederunt. Itemque iis, qui eum agrum habent possident habebunt possidebunt itineris aquarum lex iusque esto.<sup>3</sup> Anche altrove l'acqua piovana la troviamo sufficiente ad alimentare acquedotti pubblici. Cito la seguente iscrizione: C. Oppius Verus L. Turpilius Priscus f. IIII vir(i) i(ure) d(icundo) aquam caelestem dilabentem montibus collectam interciso aggere per formam cur(a) sua factam in piscinis repurgatis longo tempore cessantibus p(ecunia) p(ublica) perduxerunt.<sup>4</sup> Dinanzi a questi fatti viene spontaneo il chiedere: perchè doveva esser riconosciuto invalido l'haustus da una cisterna a favore del vicino, se la cisterna serviva perfettamente ai bisogni del fondo, in cui era? Perchè se un bacino alimentato dall'acqua piovana serve all'haustus e all'acquedotto di una colonia, non deve servire per lo stesso fine a un singolo cittadino per i bisogni del suo fondo? Vedemmo com'è assurdo cercare la spiegazione nella mancanza o di durata o di naturalezza della servitù. La ragione vera ci è detta dagli antichi indirettamente nel testo seguente:

L. 11 pr. D. quod. vi aut clam 43. 24 *Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum*. Is qui in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumperet, ait Labeo

<sup>1</sup> V. ad es. l. 14 § 3, D. de al. leg. 34, 1.

<sup>2</sup> *Hist. Nat.*, 6, 85, 6.

<sup>3</sup> c. 79; cf. Sic. Flac. de cond. agr. pag. 157, 11.

<sup>4</sup> C. I. L. X. 6526.

interdicto quod vi aut clam teneri: portio enim agri videtur aqua viva, quemadmodum si quid operis in aqua fecisset.

Da questa legge si desume l'esistenza di un giudizio antico rispetto all'acqua viva, che noi non facciamo più: l'acqua viva è parte del fondo; l'acqua non viva, l'acqua morta non ne è parte, ma è soltanto contenuta in esso, rimanendone distinta; l'acqua viva è un elemento costituente il fondo, l'acqua non viva non ne è un elemento; il fondo è completo senza di essa e funge rispetto ad essa semplicemente come un recipiente qualsiasi. Da questo pensiero Labeone trae una conseguenza in questa legge rispetto all'interdictum quod vi aut clam. Questo "ad ea sola opera pertinet, quaecumque in solo vi aut clam factum est"; si potrà quindi accordare per i guasti recati all'acqua viva di un pozzo, non si potrà accordare per i guasti recati all'acqua non viva.

A me non par dubbio che da questo stesso pensiero derivi la nostra regola; una servitù d'uso d'acqua viva è valida perchè codesta acqua è "portio fundi"; non è valida una servitù d'uso d'acqua non viva, perchè questa non è "portio fundi". Non altra che questa può essere la ragione prossima della regola, perchè nessun'altra differenza le nostri fonti indicano tra quelle due acque, che possa avere un'influenza sui rapporti giuridici relativi ad esse e perchè effettivamente nessun'altra è visibile. Certo però resta a vedere come mai da codesto giudizio di fatto sulla relazione di quelle due acque col fondo, deve derivare il giudizio giuridico che la servitù sia valida in un caso, invalida nell'altro.

3) Ed eccoci al nostro terzo punto. Labeone ammette l'interdictum quod vi aut clam, se si tratta d'opere fatte in un'acqua, che è portio fundi, e lo nega nel caso contrario, perchè l'interdictum riguarda le opere fatte *in solo*. Finisce l'applicabilità dell'interdetto dove vien meno l'idea che l'opera sia fatta *in solo*. E così, io aggiungo, finisce l'applicabilità della servitù prediale, dove vien meno l'idea che si abbia un uso di qualche cosa, che non concorra a costituire il fondo. La frase romana "fundus servit", esprime un'idea perfettamente analoga a quella, che si esprime a proposito dell'interdictum quod vi aut clam dicendo che le opere devono essere fatte *in solo*.

Essa cioè non ha un senso meramente giuridico, ma fisico, e indica precisamente che entra nella servitù tutto ciò che si presenta come uso materiale di questa *cosa* che è il fondo serviente, e nulla vi entra che non si presenti per tale. Nelle servitù negative per verità l'uso del fondo a rigore manca. Ma la nostra frase non si è formata per esse, bensì per le servitù positive, o a dir meglio per alcune tra queste e di qui fu poi trasferita alle servitù negative e alle personali. Nelle servitù positive essa ha questo senso, se non etimologicamente (nella questione dell'origine del nome non entro) certo praticamente. E noi nella nostra regola ulpiana non abbiamo che un'applicazione e una conseguenza di questo concetto. Posto infatti che le acque non vive non sono parte del fondo, ne viene che nessuna servitù di uso di tali acque può parere che importi un uso del fondo, ma solo di qualche cosa contenuta in esso, che resta estranea al concetto di esso e distinta da esso. Ad un romano dovea parer quindi tanto impossibile vedere un uso del fondo nel caso che si attingesse acqua dalla cisterna, dallo stagno altrui, quanto nel caso che la si attingesse dalle secchie, che altri tiene nella sua cucina. Qui egli avrebbe visto un uso dell'acqua, ma non un uso del fondo, qui *fundus non servit*, la servitù perciò è invalida. Muovendo da questa idea si costruisce tutta la nostra regola. Le servitù, che non possono essere che servitù d'estrazione d'acqua, cioè l'*haustus* e l'*adpulsus* non poteano esistere che su acque private, e queste non erano parte del fondo che se erano perenni. Quindi esse erano valide solo per le acque perenni. La servitù navigandi non può colpire anch'essa che acque private e per la stessa ragione non può esercitarsi che su acque perenni, perchè allora solo si passa *pel fondo* e non semplicemente per l'acqua. L'acquedotto potea essere mero diritto di conduzione di acque pubbliche; ma queste sono anche tutte perenni. Esso potea essere mero diritto di conduzione d'acque private, ma allora non era valido che se era prima valido come diritto di estrazione di queste acque, se cioè colpiva acque private perenni. Così in ogni modo si arriva al principio che una servitù d'uso d'acque non è valida che se l'acqua è perenne. Questo principio adunque non è frutto di un requisito particolare in materia

di servitù, ma deriva direttamente da una di quelle due idee, che, come vedemmo nel § 3 costituiscono l'essenza della servitù romana, dall'idea cioè che la servitù è un diritto di godimento di un fondo.

La quale idea non è neppure oggi caduta. I nostri civilisti ammettono anch'essi che nella servitù un fondo dev'essere d'uso e d'utilità ad un altro.<sup>1</sup> Ma anzitutto non parmi che la frase "il fondo serve", esprima più il concetto in discorso, ma venga usata piuttosto ad esprimere, anche trattandosi di servitù positive, il lato realistico passivo del diritto di servitù prediale, il fatto cioè che ogni proprietario di esso è costretto a non fare o a permettere che altri faccia qualche cosa sul suo fondo. Poi noi abbiamo immobilizzato non solo, ma detto anche che sono immobili per natura tutti i serbatoi e corsi d'acqua, senza distinguere tra acque vive e morte (art. 412 cod. civ.). Così che il diritto d'uso d'acqua di una cisterna o di uno stagno è per noi diritto d'uso del fondo. Il non essersi fermata l'attenzione sul senso romano della frase accennata, e questo mutamento di vedute rispetto alla relazione tra le acque morte e il fondo furono tra le cause principali, che impedirono di scorgere come la regola ulpiana potesse derivare da un principio, che neppure i diritti odierni possono respingere. Notisi però che se i romani esigettero che il fondo serva fisicamente, essi non esigettero anche altro che questo. Non importa nulla per loro che il fondo si impieghi come fu fatto dalla natura o come fu ridotto dall'opera dell'uomo; non importa che lo si impieghi com'è ora e non sarà tra breve o com'è ora e sarà anche in avvenire; non importa neppure che lo si impieghi com'è ridotto dal proprietario serviente o dal titolare della servitù o da terzi; non importa che l'impiego sia certo o non certo, sicuro o non sicuro ecc.; ciò che importa è una cosa sola, che si impieghi cioè il fondo e non ciò che è estraneo ad esso e al concetto di esso. Così non ristabiliamo in nessun modo alcuna delle idee già combattute della perpetua causa, come requisito di tutte le servitù; stabiliamo

<sup>1</sup> PACIFICI MAZZONI, *Ist.*, vol. II, pag. 70, 226.

soltanto un'esatta interpretazione del requisito romano che nelle servitù ci dev'essere un fondo che serve.

Il qual requisito dovea naturalmente presso i romani dar luogo a scarse applicazioni. Se non sempre, come io credo, certo sin verso la fine della giurisprudenza classica il numero delle servitù prediali fu limitato; il diritto non conosceva che delle servitù tipiche, cioè quelle che ci si presentano nelle nostre fonti. Ora chi percorra la lista di quelle servitù positive troverà che già pel loro concetto esse importano un uso del fondo e non si può praticamente concepire che esse importassero il godimento di cose estranee ad esso. La servitù per la sua stessa essenza obbediva a codesta regola. Diverso era il caso solo per le servitù d'uso d'acque. Qui precisamente la servitù, importando pel suo concetto l'uso di un'acqua, potea concepirsi costituita sia sopra acque vive che non vive. Per questo l'idea che nella servitù deve esservi godimento del fondo rese necessaria rispetto a queste servitù l'affermazione della regola ulpiana. La quale così deriva bensì da un principio, che vale per tutte le servitù; ma noi non troviamo manifestato questo principio oziosamente per tutte le servitù; troviamo solo una regola lo che attua per quei tipi di servitù, per le quali solo era praticamente, più che possibile, prossima una violazione di esso.

Sarebbe ora quesito assai interessante vedere come il diritto romano tenne le servitù in questi confini, donde deriva questa esigenza che non si possa goder di una cosa, per quanto si trovi stabilmente nel fondo e ne sia una pertinenza, se però resta estranea al suo concetto e ne resta distinta. In particolare sarebbe quesito assai interessante veder perchè si applicò così rigorosamente questo concetto alle acque. Ma in un lavoro che mira solo a correggere le idee ricevute della perpetua causa delle servitù, io non credo opportuno di entrare in questa ricerca. Noto solo che se fosse altrimenti fondata l'ipotesi del Voigt, che la servitù in origine è una specie di quasi proprietà sulla via, sull'acqua, sul rivus, ma naturalmente un diritto di quasi proprietà immobiliare, si capisce benissimo come questa quasi proprietà non potea colpire che le acque perenni parte dell'immobile, e non le acque non perenni



che non ne sono parte, e come una servitù non potesse colpire in generale nulla che non fosse parte costitutiva dell'immobile. Siccome però l'ipotesi è più che controversa e le origini delle servitù sono ancora nel buio, mi limito a questo cenno e passo oltre.

### § 6.

Ottenuti questi risultati, possiamo volgerci all'esame di quelle sentenze delle nostre fonti, in cui gli scrittori videro delle conseguenze del requisito della perpetua causa, quantunque in esse di questo requisito non si faccia parola.

Fra queste decisioni io non intendo di esaminare particolarmente quella contenuta nella l. 38 D. s. p. r. 8. 3. confrontata con l. 17 §§ 2. 3. D. de aqua et aq. pluv. arc. 39. 3. Ciò perchè quantunque sia qualche antico, che qualche moderno<sup>1</sup> la abbia messa in relazione col requisito della perpetua causa è per me troppo evidente che non ci ha a che far nulla, e gli scrittori più recenti e migliori han cessato infatti di connetterla con esso. Codesta legge non può riferirsi che al requisito della vicinanza. La questione ivi trattata è se "flumine interveniente via constitui potest", ed è decisa secondo che sembra o non sembra "interrumpi servitus". La fattispecie adunque contemplata nel testo si presenta come un quesito relativo alla vicinanza, il punto di questione è fatto cadere sull'esistenza o no della vicinanza necessaria ad avere l'unità della via; vuol dire adunque che la legge tutta intera si riferisce alla vicinanza soltanto.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> DONELLO, *Comm.*, XI c. 2 § 4 e 12. — HOFFMANN, *op. cit.*, pag. 53 — BIANCHI, *op. cit.*, pag. 195. — MAYNZ, *op. cit.*, I. pag. 820 n. 9.

<sup>2</sup> Il BIANCHI *op. cit.*, *loc. cit.*, trova la sentenza ispirata dall'idea che il passare mediante battelli è un modo precario di varco per la eventualità che esso venga trasferito dall'autorità pubblica ad un punto diverso della riva. Come si faccia a spiegar così la sentenza di Paolo, mentre il diritto romano non ha niente in contrario alla servitus altius non tollendi tra due edifici, separati da un altro, che non serve e che si può alzare dal suo proprietario quando questi voglia, io non lo so comprendere — L'HOFFMANN è addirittura ameno quando cerca spiegare come la necessità di una barca privi la servitù di perpetua causa, in questo caso e non la privi nel caso di una servitus navigandi *op. cit.* pag. 54 n. 108. Questi tentativi di ricondurre la sentenza alla perpetua causa sono così manifestamente assurdi.



Passiamo adunque alle altre leggi.

L. 2 D. comm. praed. 8, 4. *Ulpianus libro septimo decimo ad edictum* De aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt ne hae servitutes non essent: sed rescripto imperatoris Antonini ad Tullianum adicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc ius adquisivit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit.

La legge dovrebbe, secondo gli scrittori, contenere sia un'applicazione rigorosa del principio della perpetua causa, sia un temperamento recato ad esso dall'imperatore Antonino. Consideriamo il caso della ruota. La perpetua causa mancherebbe secondo l'ELVERS perchè, quando la prima volta s'introdusse codesto uso di estrarre acqua colla ruota, si potea ritenere che fosse un mezzo poco sicuro di estrazione. Oppure, siccome la ruota era del proprietario del fondo serviente, come congiunta col suolo, l'uso che ne facesse il proprietario dominante pareva un'attività del proprietario del fondo serviente e secondo il requisito della perpetua causa la servitù non può dipendere da codesta attività.<sup>1</sup> A dir di queste amenità si è ridotti, per trovar qui un'applicazione della perpetua causa; i romani doveano ritenere poco sicuro e duraturo mezzo di estrazione la ruota, che è invece mezzo altrettanto sicuro quanto quello di un canale artificiale, e che in ogni caso si può riparare come il canale! E i romani doveano pensare, mi si passi la metafora, che se alcuno porta i miei stivali, non è lui che li porta, ma io che ne sono il proprietario; non è lui che cammina coi miei stivali, ma son io!!!<sup>2</sup> Queste aberrazioni non sono la miglior prova che in questo passo non c'è la menoma applicazione dell'idea di durata o di naturalezza o di sicurezza, nè d'ogni al-

<sup>1</sup> *Op. cit.*, pag. 158 nota m.

<sup>2</sup> Non molto meno strana è la spiegazione del DERNBURG. Egli ritiene che il testo provi avere i romani ammesso non senza lunghe traversie la servitù d'haustus, perchè sono necessarie al suo esercizio "besondere Schöpfvorrichtungen", e quindi la servitù mancherebbe di perpetua causa. *Pand.* I, pag. 574 seg. n. 8. Ma, comunque si voglia interpretare l'"in rusticis computanda sunt", della l. 1. pr. D. s. p. r. 8. 3, l'haustus era riconosciuto pienamente per servitù prediale al tem-

tra idea che si vede contenuta nel requisito della perpetua causa?

Il testo è molto conciso; la fattispecie è esposta con poche parole, la decisione giuridica non è giustificata in alcun modo e quindi riesce non facile cogliere il senso e la portata giuridica del testo stesso. A ogni modo mi sembra che una sola interpretazione sia possibile. Si tratta di una servitù prediale, come appare dall'uso ripetuto della parola "servitus". Dobbiamo dunque supporre due fondi, l'uno dominante, l'altro serviente. Il fondo serviente è posto in riva al fiume e congiunta col fondo è una ruota che serve all'estrazione dell'acqua dal fiume. Il proprietario del fondo vicino a questo, e quindi discosto dal fiume, o nell'atto di comperare dal proprietario del fondo vicino al fiume questo che ne è lontano (si tamen hac lege comparavit) o in altra occasione si fa costituire una servitù consistente nel diritto di entrare nel fondo del vicino, ed estrarre acqua pel proprio fondo mediante la ruota. Che servitù abbiamo in questo caso? Una mera servitù d'iter o d'actus anzi tutto attraverso il fondo vicino al fiume e non una servitù d'haustus, in quanto che l'acqua viene estratta da un "flumen", ed è naturale pensare ad un fiume pubblico anzi che privato.<sup>1</sup> Questa servitus itineris deve però essere esercitata solo allo scopo di attingere acqua. Fin qui nulla appare, perchè la servitù non sia valida. Ma il concedente la servitù concesse anche come servitù il diritto di attingere l'acqua colla sua ruota. Questa concessione vale come servitù? L'Imperatore dice di no. Perchè? Perchè, sembra a me, la ruota è una cosa distinta dal fondo; non vale come parte del fondo, ma come uno strumento, un ordigno per estrarre l'acqua al pari delle secchie, delle anfore, ecc. Alla ruota si può applicare la sentenza, che Ulpiano l. 17 pr. D. de act. empt. vend. 19. 1. pronunzia rispetto ai "va-

po di Pomponio (l. 20 § 3 D. s. p. r. 8. 3.) cioè circa un secolo prima di Caracalla e in ogni caso il motivo di dubitare non potea esser quello; nell'acquedotto non occorrono ugualmente "besondere Vorrichtungen", per condurre l'acqua, come il canale, i "septa", e per l'esercizio della servitus navigandi non occorre una barca? — Non ha nessun fondamento neanche la spiegazione dello JHERING, *Pass. Wirk. nei Gesamm. Aufs.*, II. pag. 336 n. 213.

<sup>1</sup> V. HESSE, *Op. cit.*, pag. 241.

sa vinaria torcularia, : "multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent.," In realtà poi nella l. 40 § 6 D. de contr. empt. 18. 1. Paolo parifica la "rota", per attingere acqua alla "situla", cioè alle secchie. Anche nella lex Quinctia de aquaeductibus 45 la "rota", in discorso è parificata al "calix", ad una "machina", qualsiasi per attingere acqua. La spiegazione più plausibile, l'unica plausibile della nostra sentenza è adunque quella che ho indicata: la servitù di usare della ruota è invalida, perchè in tal caso "fundus non servit", ma servirebbe una cosa che fa parte dell' "instrumentum fundi." Il che significa che i romani, applicando la regola che nelle servitù il fondo deve servire, applicarono, com'era da attendersi, un concetto rigoroso e ristretto di "fondo"; applicarono cioè un concetto naturalistico, e non quel concetto più ampio ma artificioso che deriverebbe dal principio giuridico che tutto ciò che s'incorpora nel fondo cede al fondo, come una parte accessoria alla principale. Questa è la conclusione sola, da trarre da questa legge. Conclusione confermata dal fatto già notato che chi guardi i tipi di servitù prediali romane non ne trova nessuna, che abbia per contenuto l'impiego di un oggetto congiunto col fondo, per sola comodità o necessità d'uso, e che quindi non entri nel concetto di fondo. L'applicare quel concetto ristretto di fondo era poi, come ho accennato, molto naturale. Per quanto la cosa mobile ceda all'immobile, in cui s'incorpora, è certo però che se l'incorporazione non si fa per costruire, modificare l'immobile, ma solo per giovare meglio della cosa mobile, a nessuno viene in mente che usando di quella cosa mobile resa immobile, si usi del fondo. Per quanto io saldi contro il muro una vasca da bagno, mentre mi bagno, penserò sempre di usar della vasca e non della casa. Per quanto saldi all'anello del pozzo una catena per attinger acqua, se l'attingo con quella catena io dirò di usare della catena altrui e non del cortile, ove è il pozzo, e non neppure, pel solo fatto che uso della catena, del pozzo. Dirò di usare del pozzo solo pel fatto che attingo. Partendo adunque dall'idea che nella servitù si deve far uso del fondo, questa restrizione della servitù, per



cui essa resta esclusa, se consiste nel diritto di usar cose unite al fondo per sola comodità d'uso, era inevitabile. La nostra interpretazione ha infine un altro pregio: con essa si spiega benissimo come la "rota", è menzionata col "castellum".

Come troviamo noi infatti menzionato il "castellum", nelle nostre fonti? Come una pertinenza dell'edificio, ma non come una parte di esso; come qualche cosa, che accede alla vendita dell'edificio, ma che non concorre a costituir l'edificio.<sup>1</sup> Anche qui adunque la servitù rimane esclusa evidentemente per lo stesso motivo di prima, perchè non si userebbe dell'edificio, ma di una cosa estranea all'edificio. Le decisioni sulla "rota", e sul "castellum", sono sempre adunque conseguenza di uno stesso pensiero: il fondo rustico o urbano non è sottoposto a servitù, perchè di questo non s'usa, usando della ruota o del castellum; la servitù verrebbe a colpire quindi solo la ruota, solo il castellum; perchè solo di questi si userebbe; ma tali servitù sono invalide, perchè nè la ruota, nè il castellum sono un fondo.

La concessione dell'imperatore Antonino tempera questa rigidezza del diritto civile. Precisamente la sua concessione ha questo effetto di rendere valide nel caso particolare due servitù, che importano non un godimento del fondo, ma di cose congiunte col fondo, senza esserne parti costitutive.

Vanno considerate insieme le due leggi seguenti:

l. 1 § 7, D. de aqua cott. 43, 20. *Ulpianus libro septuagésimo ad edictum.* Haec interdicta de aqua, item de fonte ad eam aquam pertinere videntur, quae a capite ducitur, non aliunde: harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest.

l. 9, D. s. p. r. 8. 3. *Paulus libro primo sententiarum.* Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest; hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.

Anche queste leggi si sono riferite, benchè non da tutti,<sup>2</sup>

<sup>1</sup> L. 16 § 7; l. 38 § 2 D. de act. empt. vend. 19. 1 — l. 78 D. de contr. empt. 18. 1.

<sup>2</sup> Ad es. lo SCHRADER le connette colla regola servitus servitutis esse non potest; *op. cit.*, pag. 318 seg.

alla perpetua causa. Si esige, dicono gli scrittori, che le servitù d'estrazione d'acqua si esercitino sul caput aquae (il diverso senso, che assume "caput aquae" in relazione a "fons", e viceversa "fons" in relazione a "caput aquae", nei due testi, non tocca la sostanza della regola) perchè se si deriva l'acqua da un canale che non sia flumen, da un bacino, che non sia "lacus", cioè un lago alimentato da acqua perpetua, ma da un altro luogo, bisogna che in questo luogo l'acqua sia artificialmente immessa, derivandola dal caput aquae, da qualche duno, che non potrebbe essere il titolare della servitù, perchè questi non ha il diritto di derivarla da esso. Così l'esercizio della servitù dipenderebbe volta per volta dall'attività di un terzo, anzi che da quella del titolare; oppure dipenderebbe dal caso, e la regola della perpetua causa sarebbe violata.<sup>1</sup> Tutto questo è ora immaginario. Noi abbiamo visto sopra che il diritto romano non ha niente in contrario ad ammettere servitù, la possibilità del cui esercizio dipende dall'attività di terzi. La spiegazione di queste leggi è molto più prossima. Esse sono una conseguenza della regola ulpiana: "nulla alia aqua duci potest nisi quae perennis est". Acqua perpetua, acqua perenne non è mai infatti un'acqua che si sia derivata sia pur da un corso o bacino d'acqua perenne in un canale, che traversa un fondo privato. Questa non è un'acqua che si raccolga più continuamente; è invece un'acqua che viene raccolta in un recipiente interrottamente, per opera dell'uomo, o dove almeno solo interrottamente si è padroni di farla entrare. Uscita dal suo bacino naturale, ove necessariamente l'acqua si raccoglieva "adsidue", essa perde la sua qualità di perenne. Il diritto quindi di usare di un'acqua solo da un punto, ove altri l'ha fatta pervenire, è diritto d'uso di un'acqua non perenne, e perciò non può esistere, secondo la regola d'Ulpiano, della quale abbiamo già veduta la ragione, come diritto di servitù. Al caput aquae invece l'acqua, che sia perenne, è perenne; perciò il diritto di derivar l'acqua dal caput aquae importa uso d'acqua perenne e la servitù è valida.

A proposito di queste leggi non ho da avvertire ancora che

<sup>1</sup> ELVERS, *op. cit.*, pag. 407 seg.



una cosa ossia che **una** di esse e precisamente la l. 9 è interpolata. Gli scrittori citano questa legge come **una** prova dei temperamenti recati al requisito della perpetua causa. E veramente se le parole "hodie tamen ex quocumque loco constitui solet," fossero di Paolo, dovremmo dire che il nostro requisito fu temperato, non nel senso, s'intende, che danno gli scrittori alla perpetua causa, ma in quello limitato, che vi do io. Ma son di Paolo codeste parole? C'è forte ragione di dubitarne. Il passo, così come sta, consta di due affermazioni contraddittorie; l'una è "servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest,"; l'altra è "hodie tamen ex quocumque loco constitui solet,". Entrambe queste proposizioni sono concepite al tempo presente. Ora appunto perchè sono scritte così, l'una contraddice all'altra; perchè asseverano come esistenti nello stesso momento di tempo due principi di diritto contraddittori; è come se fosse scritto: "non si può — tuttavia si può,". Se al tempo di Paolo si fosse potuto derivar acqua da qualunque luogo, Paolo non avrebbe scritto prima "non potest,"; ma bensì "non poterat,"; e allora andava bene poi dire "hodie tamen ex quocumque loco constituit solet,". Si supponga un' interpolazione e allora tutto si spiega. Paolo scrive "non potest," perchè al suo tempo non si poteva. L'interpolatore, trovando che al suo tempo si poteva, scrive "hodie tamen," si può. Non si accorse poi che, aggiungendo le sue parole al testo di Paolo, l'"hodie," che egli scriveva, pensando al suo tempo, veniva ad indicare invece il tempo di Paolo, e che così ne veniva fuori un testo fatto di due proposizioni contraddittorie. Non si dica che è scritto "solet," anzi che "potest,"; le due parole qui si equivalgono completamente. Non si dica neppure che siamo innanzi all'indicazione prima del principio civile e poi del principio pretorio, perchè non c'è indizio di un intervento del pretore in questa materia nella legge stessa nè altrove. Del resto poi la miglior prova e di questo non intervento del pretore e dell'esistenza ancora al tempo di Paolo del principio, che non si può derivar acqua se non dal caput aquae, appare dall'altra legge che qui abbiamo esaminata cioè dalla l. 1 § 7 D. de aqua cott. 43, 20. In questa Ulpiano ci riferisce il



principio in discorso come ancora vigente: "harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest". Ulpiano conosce adunque un principio di diritto civile ancor vigente, che il pretore non modifica, ma a cui invece adatta e subordina i suoi interdetti. Ulpiano conosce bensì un diritto di derivazione dell'acqua da qualunque luogo, ma solo in relazione agli acquedotti pubblici l. 1 § 41. D. de aq. cott. 41, 20: *permitted autem aquam ex castello vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico ducere*. Si connettano ora questi fatti con la l. 1 § 4. D. de fonte 43, 22, da cui appare come ci si teneva all'esigenza di un'acqua viva; si ricordi la l. 28, D. s. p. u. 8. 2., dove Paolo mostra di conoscere e di esigere che l'acqua abbia perpetua causa, cioè che sia viva, e si avrà la chiara prova che al tempo di Paolo nulla era innovato ancora in proposito, che l'esigenza del "caput aquae" era ancora in vigore, e che quindi l'innovazione ammessa dalla l. 9 in discorso è un'innovazione postclassica in ogni caso, che ci è fatta conoscere dall'interpolatore.

Si potrebbe però dire che l'innovazione sancita dalla l. 2 D. comm. praed. 8. 4., è il principio di questa. L'innovazione introdotta dalla l. 2. è innegabile, ma vedasi bene che il rescritto, il quale permette di estrarre acqua da un castello, è con grande probabilità un rescritto di Caracalla, durante il quale Ulpiano riscrisse i primi 35 libri ad edictum, tra cui è quello, che contiene il rescritto. A sua volta i libri *sententiarum* di Paolo, da cui è tolta la l. 9 sono anch'essi scritti durante il regno dello stesso principe. Ora il rescritto di Caracalla dichiara che la servitù di estrazione d'acqua da un castello era contraria al diritto (*licet servitus iure non valuit*) e solo ordina di proteggere chi acquistò una simile servitù nel godimento di essa. Appare quindi manifestamente impossibile che durante il regno dello stesso principe, il quale non fu che di sei anni, potesse sulla base di codesto rescritto introdursi nella pratica giuridica un'innovazione così ampia come quella che apparirebbe dalla l. 9. Tanto più che, ripeto, il rescritto stesso dichiarava l'invalidità della servitù da un castello, e solo nel caso pratico dava ad essa vigore. Così si spiega perchè Ulpiano ripeta ancora nel 70° libro ad ed. scritto dopo la morte

di Caracalla il vecchio principio di diritto civile e come anche Paolo mostri sempre di volere un'acqua viva come oggetto di una servitù d'estrazione d'acqua. In forza cioè del rescritto il principio di diritto civile non rimase secondo i giuristi antichi abolito, ma solo si introdusse un'innovazione parziale relativa all'haustus da un castello. L'innovazione maggiore, di cui parla la l. 9., non può aver avuto quindi la sua origine che nell'epoca post-classica.

Come si sia accolta l'innovazione della l. 2 e come col tempo si sia introdotta quella tanto più ampia della l. 9. non è difficile ad intendere. È palese l'influenza delle norme, che valevano per gli acquedotti pubblici. In questi i cittadini attingevano l'acqua dai castelli, dove l'acquedotto pubblico la conduceva. Nulla di più naturale e di più prossimo che quel diritto, che i cittadini aveano sul castello pubblico, se lo procurassero su di un castello privato; e nulla di più naturale anche che un imperatore, pur dichiarando invalida per diritto la servitù, ordinasse che chi avea ottenuta una simile concessione fosse protetto nel suo godimento. Per qualche tempo non si andò però più in là. La massima di diritto civile rimase pel resto in vigore. Ma lo strappo era fatto, e l'esempio degli acquedotti pubblici dovea continuare a manifestare la sua efficacia. Ora dagli acquedotti pubblici i cittadini derivavano l'acqua da qualunque luogo, se l'imperatore lo concedeva loro (l. 1 § 41. D. de aq. cott. 43. 20); questa norma, che valea per gli acquedotti pubblici, si applicò ai privati, e si permise così che mentre Tizio facea un canale per suo uso ex capite (corrispondente questo all'acquedotto pubblico) poi su di un punto di questo canale si stabilisse il diritto di derivazione dell'acqua; si permise insomma che come dice l'interpolatore della l. 9. la servitù di derivazione d'acqua si potesse costituire "ex quocumque loco".

Ci resta ancora da considerare una sola legge, di cui abbiamo già fatto cenno: l. 23 § 1. D. s. p. r. 8. 3.

*Paulus libro quinto decimo ad Sabinum.* Si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest.

Si può seriamente sostenere che l'esigenza che il lacus sia

perpetuus derivi da ciò che la servitù altrimenti mancherebbe di perpetua causa nel senso della durata o della naturalezza, o della sicurezza d'esercizio della servitù, insomma in qualunque dei sensi che si danno alla perpetua causa stessa? Io non voglio ripetermi; il lettore ricorderà che un lacus non perpetuus è uno stagno, e che uno stagno ha acqua naturalmente, la ha durevolmente, la ha sicuramente, quindi anche sopra uno stagno una servitus navigandi dovrebbe essere possibile quanto alla perpetua causa, se la perpetua causa ha il senso, che dicono gli scrittori. Invece la nostra legge esclude una simile servitù su di uno stagno, e la concede solo su di un lago perpetuo. Che vuol dir questo? Vuol dire che la nostra legge non ha a che far nulla con quel requisito, ma invece anch'essa va ricondotta al principio che solo un'acqua avente perpetuam causam è "portio fundi", e che nelle servitù si deve far uso del fondo. Questa "servitus navigandi" è valida, perchè si riduce ad essere una specie di "servitus itineris", sopra un fondo, perchè l'acqua perpetua è "portio fundi", e passando per quell'acqua si usa del fondo, come se ne usa passando per una strada, che è anch'essa "portio fundi". L'analogia colla "servitus itineris", e in genere con una servitù di passaggio risulta dalla stessa legge, in quanto che la servitus navigandi è poi ammessa pel solo fine, per cui è ammesso un iter, cioè per passare (ut perveniatur ad fundum vicinum).

Oramai non mi resta, a chiudere il presente lavoro, che a soddisfare una probabile curiosità del lettore. Per qual motivo i romani considerarono "portio fundi", solo un'acqua avente "perpetuam causam"? Una simile idea a primo aspetto sembra strana, poichè se par naturale che si considerasse distinta dal fondo l'acqua di cisterna chiusa in recipienti di solito artificiali, sembra poco naturale che se ne considerasse distinta l'acqua di una palude, di uno stagno, di un torrente, ove si estende liberamente e naturalmente come in un lago, ove non si può impedire che l'acqua scenda, ove o dell'acqua ve n'ha sempre, o almeno ve n'ha sempre in qualche epoca dell'anno. Però certo l'acqua viva vive della vita del suolo; le acque perenni sia sotterranee che scoperte stanno al suolo come il sistema vascolare al corpo umano. Ciò non è di nessun'altra acqua;



se si toglie quella continuità di corso, il suolo non solo nel caso di stagni, di paludi, ma anche in quello di torrenti sembra che funga solo di recipiente; l'acqua qui par che copra soltanto il fondo, come lo copre semplicemente l'acqua lasciata da una inondazione, e non pare affatto che si confonda con esso.

Ma se questo fatto naturale può aver dato origine a una simile idea, certo essa non si sarebbe mantenuta, se non fossero concorse anche delle idee religiose, che derivano da quel fatto, che sono un'altra espressione di esso, ma che una volta formatesi doveano concorrere a mantenere codesto modo di vedere rispetto all'acqua viva indipendentemente dalla loro origine. Non farò citazioni di classici di seconda o di terza mano. Mi limito a questa citazione dal PRELLER: "Dovunque l'acqua appariva per la forza stessa della natura, dove essa avea, come dice il diritto romano, una causa perpetua, si riconosceva un nume, una divinità particolare, che si onorava di un culto particolare; così pure vicino a tutte le sorgenti, lungo tutti i corsi d'acqua importanti si trovavano boschi, altari, templi e si celebravano degli usi religiosi... Ogni acqua derivante da una fonte perpetua era chiamata fons manalis dai pontefici, ma non si riteneva necessario di celebrare delle speciali cerimonie religiose, per attraversarlo (auspicia perennia), che quando il corso d'acqua in questione diventava un amnis, cioè andava a perdersi in un fiume più importante „<sup>1</sup>

Già da queste parole appare, come non potrebbe più chiaramente, l'importanza religiosa grandissima del concetto di acqua viva. Cito ancora questa nota dello Scaligero alla parola "Manalis fons", di Festo. "Locus corruptissimus, qui, nisi fallor, ita restituendus. "Manalis fons appellatur ab auguribus puteus perennis. neque tamen specu, inciliisve ciatur, quia flumen id auspicatur, quod sua sponte in amnem influat. „ Ad auspicandum, inquit flumina non prosunt, quae ope humana, puta specu, inciliis ducta sunt: sed quae sponte sua in amnem influunt. Non est autem dubium, quin loquatur de perenni auspicio: quod dicebatur, quotiens quis amnem, aut aquam, quae ex sacro oritur, auspicato transit. Ex

<sup>1</sup> *Les dieux de l'ancienne Rome traduit par DIETZ, Paris, 1865, pag. 148 seg.*

sacro hoc est ex capite fontis. Nam capita omnium fontium sacra. Contra quae ex castellis, aut dividiculis derivatur, non est sacra „. C'è una meravigliosa corrispondenza così tra le distinzioni e prescrizioni giuridiche e le distinzioni e prescrizioni sacrali. L'acqua perennis è oggetto di servitù, e l'acqua perennis è sacra; l'acqua non perenne, l'acqua nei castelli, nei rivi artificiali, non è oggetto di servitù; e questa non è sacra. L'influenza quindi di queste idee religiose a mantenere le idee giuridiche parmi evidente. Quando poi si pensa che il diritto romano nella sua epoca primitiva fu in mano dei sacerdoti, che molto verosimilmente in quest'epoca la protezione giuridica era una protezione sacrale, s'intenderà come l'esigenza della perennità dell'acqua per render valida una servitù d'uso d'acqua sia entrata nel diritto romano, e vi sia rimasta quantunque del suo legame colle idee e costumi religiosi non appaia nelle fonti traccia. Lo stesso concetto di una differenza naturale tra acque vive e non vive guidò i sacerdoti a creare o mantenere tra queste la distinzione sacrale e giuridica. Le une sono elementi della vita del suolo, le une vivono e perciò sono rappresentate e personificate in numi; sian queste sacre e queste come parte del suolo siano oggetto di servitù; le altre nè siano sacre, nè siano oggetto di servitù. A ogni modo, ripeto, se è certa la coincidenza dei concetti religiosi colle norme giuridiche relative alle servitù d'uso d'acque, è certo anche che nelle nostre fonti di un'influenza delle idee religiose a stabilire il requisito della perpetua causa delle acque non v'ha più indizio e che oramai la prescrizione stessa si collega esclusivamente al concetto che solo l'acqua viva è „ portio fundi. „

Vicenza, 28 aprile 1892.





11.30.64.7  
*È stato pubblicato :*

**FRANCESCO SCHUPFER**

---

# MANUALE DI STORIA DEL DIRITTO ITALIANO

L. 10 — Un Volume in 16 di pagg. 500 fittamente stampate — L. 10

---

## RIVISTA ITALIANA

### PER LE SCIENZE GIURIDICHE

DIRETTA

DAI PROFESSORI F. SCHUPFER E G. FUSINATO

---

#### Condizioni di pubblicazione e di associazione

---

La Rivista Italiana per le scienze giuridiche esce in fascicoli bimestrali di circa 160 pagine ognuno.

Il prezzo dell'associazione annuale è di lire 20, anticipate, per l'Italia; di lire 22,50 (Marchi 18) per i paesi stranieri, che formano parte dell'Unione postale. Il fascicolo separato lire 5.

Tutto quanto riguarda la Direzione dovrà essere recapitato al prof. FRANCESCO SCHUPFER, in ROMA, piazza dell'Esquilino, n. 12, secondo piano; per quanto poi si riferisce alla Amministrazione l'indirizzo è ai signori ERMANNO LOESCHER & C.° ROMA, Via del Corso, 907.

Le associazioni si ricevono dagli editori ERMANNO LOESCHER & C.° in ROMA, TORINO e FIRENZE, e da tutti i principali librai.

LA

# RIVISTA ITALIANA

## PER LE SCIENZE GIURIDICHE

È diretta dai professori F. Schupfer in Roma e G. Fusinato in Torino.

Il Consiglio di direzione si compone dei Signori: *P. Ellero* Senatore, Consigliere di Stato, *F. Filomusi-Guelfi* Prof. all'Università di Roma, *L. Palma* Consigliere di Stato, *V. Scialoja* Prof. all'Università di Roma, e *S. Spaventa* Senatore, Presidente di sezione del Consiglio di Stato.

Hanno promesso la loro collaborazione i Signori:

G. Abignente — G. Alessio — G. Arcoleo — A. Ascoli — F. Auriti — E. Benza — C. Bertolini — E. Bianchi — Ferd. Bianchi — Fr. Bianchi — G. Boccardo — L. Bolaffio — A. Bonasi — G. Bonelli — L. Bonfigli — F. Brandileone — C. Brezzo — G. Brini — V. Brondi — B. Brugi — A. Brunialti — E. Brusa — F. Buonamici — G. C. Buzzati — L. Cantarelli — D. Caporali — G. Carle — E. L. Catellani — L. Cattaneo — A. Cavagnari — G. Ceneri — L. Chiappelli — G. P. Chironi — A. Codacci-Pisanelli — P. Cogliolo — A. Corsi — L. Cossa — E. Costa — T. Cuturi — E. Cuzzi — N. De Crescenzo — P. Del Giudice — P. Delogu — P. Demurtas Zichina — E. De Ruggero — B. Dusi — P. Esperson — C. Fadda — C. F. Ferraris — E. Ferri — E. C. Ferrini — P. Fiore — G. Fioretti — L. Franchi — C. F. Gabba — E. Galluppi — R. Garofalo — A. Gaudenzi — E. Gianturco — G. Giorgi — G. Grasso — P. Grippo — F. Laghi — V. La Mantia — L. Landucci — G. Laviosa — G. Leporini — A. Loria — L. Lucchini — G. Macri — A. Majorana — G. Majorana — A. Malgarini — M. Maltini — L. Manara — G. Manfredini — G. Manna — A. Marghieri — M. Mariani — U. Marino — E. Masé-Dari — L. Maurizi — U. Mazzola — F. Mecacci — P. Melucci — L. Meucci — V. Miceli — L. Minguzzi — G. Mirabelli — L. Miraglia — A. Morelli — L. Moriani — L. Mortara — G. Mosca — F. Moscatelli — C. Nani — G. Oliva — V. E. Orlando — M. Pampaloni — M. Pantaleoni — F. Patetta — F. Pepere — S. Peruzzi — E. Pessina — A. Piras — V. Polacco — V. Porto — E. Presutti — F. Puglia — A. Puviani — L. Ramponi — L. Rava — A. Ricci — F. Ruffini — G. Sabbatini — A. Sacerdoti — A. Salandra — E. Salvia — G. Salvioli — G. B. Salvioni — L. Sampolo — V. Sansonetti — G. Saredo — F. Scaduto — O. Scavanti — C. Schanzer — R. Schlattarella — G. Segrè — G. Semeraro — F. Serafini — V. Simoncelli — B. Squitti — A. Stoppato — D. Supino — L. Tartufari — G. P. Tolomei — T. Trincheri — S. Trovanelli — P. Tuozi — G. Vadalà-Papale — I. Vanni — G. Venezian — E. Vidari — C. Villa — Marco Vitalevi — V. Vitelli — C. Vivante — D. Viti — L. Zammarelli — A. Zocco-Rosa — L. Zdekauer ecc.

La Rivista esce in fascicoli bimestrali di circa 160 pagine ognuno. Il prezzo dell'associazione annuale è di lire 20, anticipate, per l'Italia e di lire 22,50 (marchi 18) per i paesi stranieri, che formano parte dell'Unione postale. Ogni fascicolo lire 5.

Le associazioni si ricevono dagli editori **Ermanno Loescher & C.** in Roma, Torino e Firenze e da tutti i principali librai.







HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 046 871 943

HARVARD LAW LIBRARY



